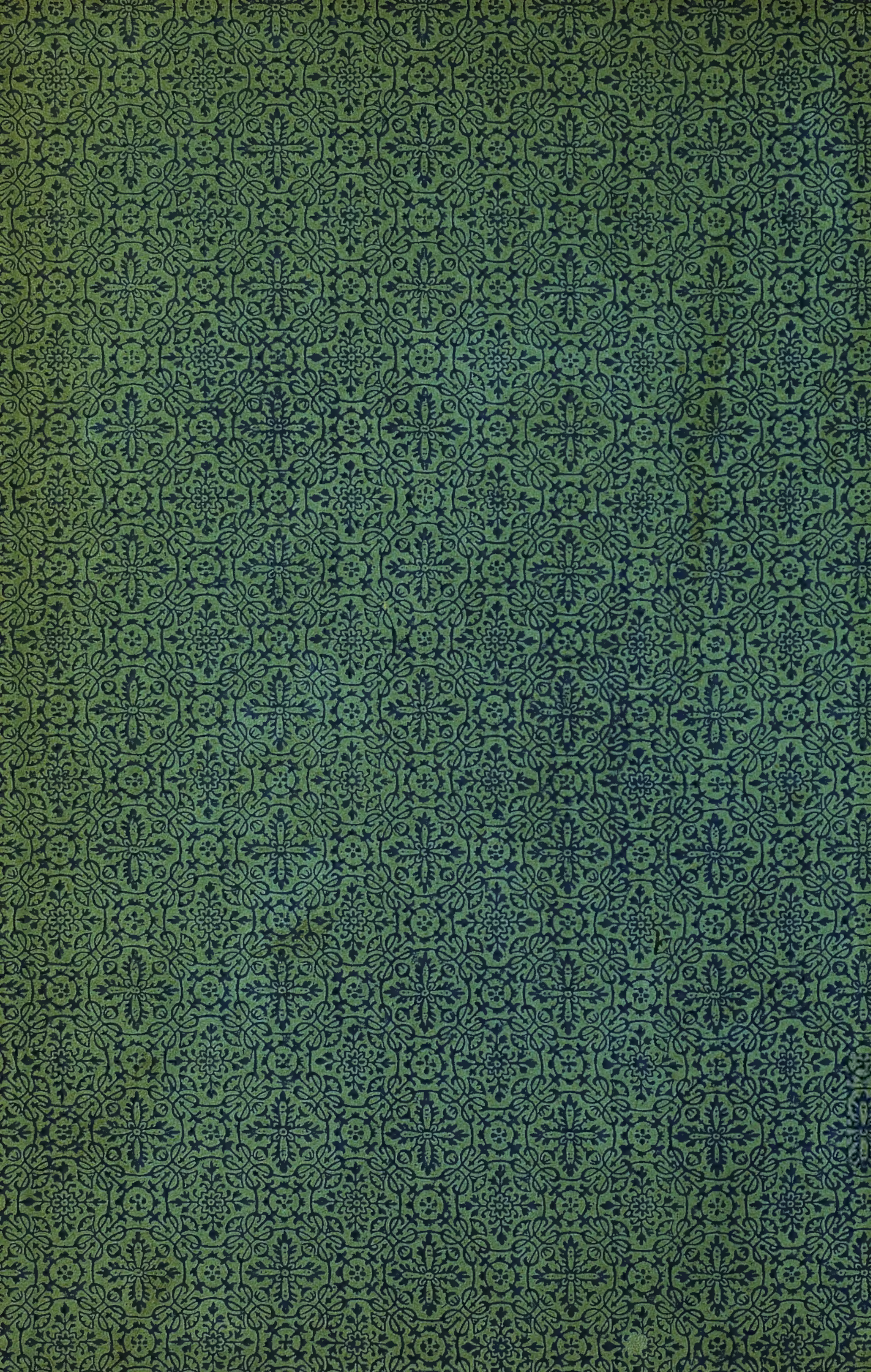
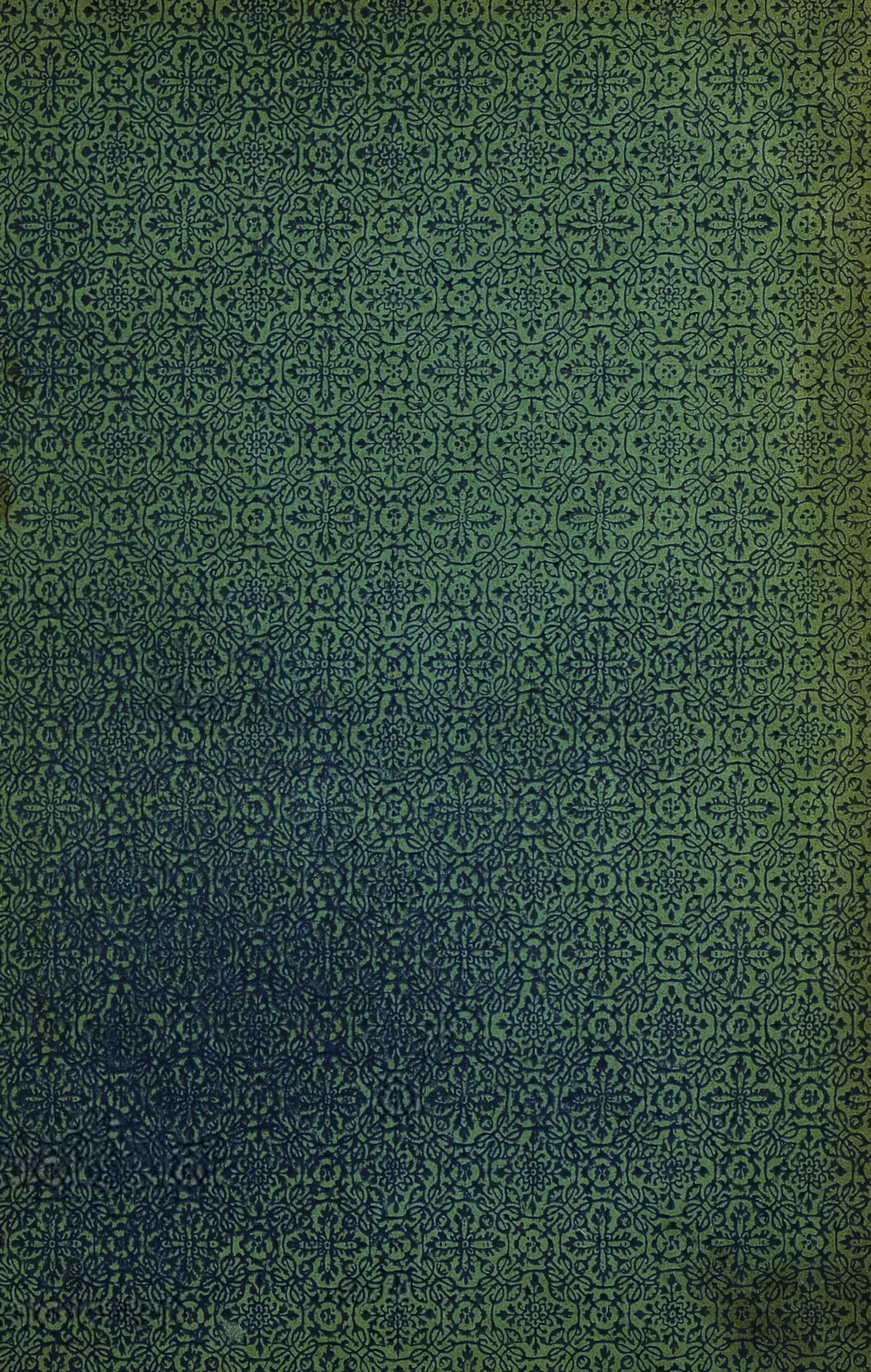
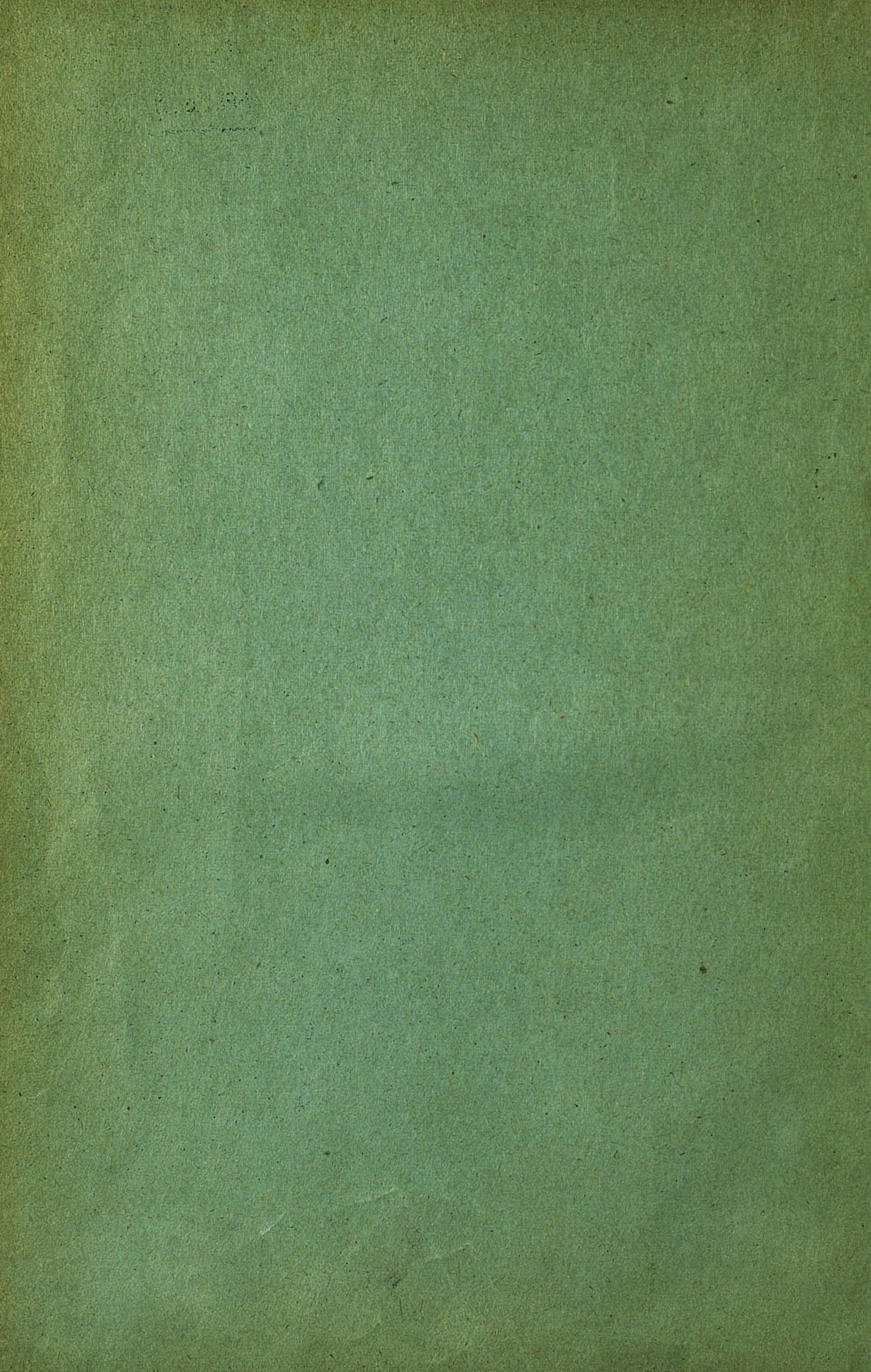






ПРОИСХОЖДЕНІЕ

СОВРЕМЕННОЙ ИПОТЕКИ.

НОВѢЙШІЯ ТЕЧЕНІЯ ВЪ ВОТЧИННОМЪ ПРАВѢ

въ связи съ современнымъ строемъ народнаго хозяйства.

ИЗСЛѢДОВАНІЕ

И. А. БАЗАНОВА.

 ПОСТАВЩИКЪ ДВОРА ЕГО ВЕЛИЧЕСТВА  Т-ВО СКОРОПЕЧАТНИ А. А. ЛЕВЕНСОНЪ 
МОСКВА, ПЕТРОВКА, 22.

1900.

Печатается по опредѣленію Юридическаго факультета Императорскаго Томскаго университета. Октября 28 дня 1899 г.

Деканъ И. Табашниковъ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Книга II.

Книга III.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Идея настоящаго изслѣдованія зародилась у автора при ознакомленіи съ русскимъ проектомъ вотчиннаго устава 1893 г. Проектъ вотчиннаго устава цѣлится насадить у насъ тотъ самый вотчинно-ипотечный режимъ, который съ неодинаковымъ успѣхомъ давно завоевалъ себѣ почетное мѣсто въ правѣ нашихъ западныхъ сосѣдей и который явился тамъ результатомъ сложной серіи разнообразныхъ факторовъ. Тѣмъ болѣе это повшество нуждалось у насъ въ научномъ освѣщеніи. Освѣщая новинку нашего правообразованія, возможно было пойти двоякимъ путемъ: или дать чисто догматическое изслѣдованіе формальнаго и матеріальнаго ипотечнаго права, или же намѣтить процессъ его историческаго образованія. Первый путь былъ бы болѣе легкимъ, такъ какъ въ настоящее время на западѣ сдѣлано уже не мало попытокъ такого рода, которыя могли бы помочь автору въ его предпріятіи. Но стоило только ознакомиться съ огромной и пестрой массой теорій, чтобы убѣдиться, что этимъ путемъ мало чего достигнешь. Теоріи дѣлятся на два рѣзко различныхъ лагеря: романисты не склонны придавать современному вотчинно-ипотечному режиму никакого иного значенія, какъ только чисто формальной системы, не затрогивающей римской сущности правовыхъ организацій новѣйшаго времени; германисты, напротивъ, за каждой новинкой новѣйшаго правообразованія готовы видѣть реставрацію германскаго правовоззрѣнія, реакцію римскому праву.

При такихъ условіяхъ добиться истины можно было только путемъ болѣе труднаго историческаго изслѣдованія современнаго вотчинно-ипотечнаго режима и идя путемъ, на которомъ нерѣдко приходилось быть почти одинокимъ, такъ какъ историческій процессъ образованія современнаго вотчинно-ипотечнаго права разработанъ уже менѣе, чѣмъ догматическое строеніе его. Для уясненія современнаго режима необходимо было не только намѣчать съ возможной обстоятельностью различныя стадіи развитія современнаго вотчинно-ипотечнаго режима, но и углубляться въ сложныя бытовыя условія, поведшія новѣйшее правообразованіе на тотъ, а не иной путь. А для этого

приходилось изучать, кромѣ огромной массы источниковъ права, самые законодательные матеріалы, парламентскіе акты, постороннюю юриспруденціи литературу.

При такихъ условіяхъ было трудно избѣжать разнаго рода погрѣшностей въ работѣ, особенно техническихъ. По крайней мѣрѣ, матеріальную истину авторъ старался установить съ возможной точностью. И результаты своей работы авторъ осмѣливается предложить ученымъ судьямъ какъ свое крайнее разумѣніе по изслѣдуемому вопросу.

1 марта 1900 г.

И. Базановъ.

Введеніе.

§ 1. Предметъ изслѣдованія.

Предметомъ настоящаго изслѣдованія служитъ процессъ образованія современной ипотеки.

Всѣмъ извѣстно и здѣсь не требуетъ особаго еще развитія то, что ипотека въ правѣ современныхъ западно-европейскихъ народовъ отличается не только по формѣ, но и по содержанію своему, а особенно по организаціи оборота ея отъ римской ипотеки.

Но уже спорнымъ является вопросъ о сущности различія современной и римской ипотеки, хотя и тутъ многое выяснено за послѣднее время [1]).

И совсѣмъ мало разработаннымъ является вопросъ о томъ, какъ образовалась современная ипотека, какія силы вызывали въ жизни современныхъ культурныхъ народовъ движеніе права ипотеки прочь отъ римскаго прообраза ея, и, наконецъ, привели къ организаціи, мало общаго имѣющей съ римской ипотекой, такъ еще недавно, сравнительно, усвоенной новыми народами.

Не вполнѣ достаточно разработанъ и самый процессъ перерожденія ипотеки подъ вліяніемъ какихъ-то новыхъ бытовыхъ условій.

Выясненіе бытовыхъ условій, вызывавшихъ перерожденіе права ипотеки, и установленіе съ возможной послѣдовательностью самаго роста новаго теченія въ правѣ ипотеки представлялись автору интересными и важными какъ для исторіи права, такъ какъ излѣдованіе должно было вскрыть тайну роста одного изъ важнѣйшихъ правовыхъ институтовъ новѣйшаго времени, такъ и для догмы права, такъ какъ изслѣдованіе должно было освѣтить сущность происшедшихъ въ институтѣ измѣненій и этимъ содѣйствовать рѣшенію горячихъ споровъ о различіи современной и римской ипотеки, такъ, наконецъ, и для законодателя, такъ какъ изслѣдованіе должно было указать живое соотношеніе извѣстныхъ условій дѣйствительной жизни и правоваго творчества, вызывашагося стремленіемъ отвѣтить въ порядкѣ правообразованія означеннымъ жизненнымъ условіямъ.

---

[1]) Новѣйшую серьезную попытку разрѣшенія этого вопроса и подведенія итоговъ спорамъ о различіи римской и современной ипотеки представляетъ изслѣдованіе Кассо. Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ. Юрьевъ 1898 г.

Но задача труда выростала въ своемъ значеніи въ глазахъ автора еще потому, что, какъ оказывалось, перерожденіе ипотеки изъ римской въ современную является лишь наиболѣе рѣзкимъ и бьющимъ въ глаза проявленіемъ тѣхъ общихъ измѣненій, которыя за послѣднія столѣтія выступаютъ въ организаціи вотчинныхъ правъ, особенно же въ правовой организаціи вотчиннаго оборота у новыхъ европейскихъ народовъ.

Ипотека, какъ оказывается, была лишь наиболѣе чувствительнымъ мѣстомъ въ системѣ вотчинныхъ правъ,—почему на ней и отразилось раньше всего и глубже всего дѣйствіе тѣхъ новыхъ бытовыхъ условій; подтачивалось же подъ вліяніемъ этихъ условій все зданіе вотчинныхъ отношеній, выросшее на почвѣ реципированной новыми народами римской догмы.

Отсюда, автору пришлось, по необходимости, касаться попутно измѣненій, происшедшихъ и въ организаціи другихъ вещныхъ правъ, особенно наиболѣе значительныхъ.

Какъ въ ипотекѣ, такъ и во всѣхъ другихъ вотчинныхъ правахъ самыя рѣзкія измѣненія выразились въ организаціи оборота ихъ. Этой организаціи пришлось отвести въ работѣ особенное вниманіе.

Измѣненія начались на поверхности правовыхъ организацій,—въ формѣ послѣднихъ, и лишь постепенно, по мѣрѣ приближенія къ нашему времени, они захватывали все болѣе и болѣе самое существо институтовъ. Но уже самое измѣненіе формы, обыкновенно, влекло за собою съ необходимостью въ той или иной мѣрѣ измѣненіе существа института. Отсюда автору казалось необходимымъ отвести видное мѣсто въ изслѣдованіи процессу измѣненій формальнаго вотчинно-ипотечнаго права.

Процессъ перерожденія организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота, имѣвшій мѣсто за послѣднія столѣтія, поразительно совпадаетъ какъ съ процессомъ измѣненій обще-культурныхъ условій въ жизни европейскихъ народовъ, наблюдаемымъ за то же время, такъ, особенно, съ процессомъ перерожденія экономическаго строя европейскихъ обществъ, именно—развитія кредитнаго хозяйства. Изслѣдованіе существа измѣненій ипотеки и организаціи оборота другихъ вотчинныхъ правъ по первоисточникамъ привело автора къ убѣжденію, что между этими двумя порядками явленій существуетъ всецѣло генетическая связь. Именно эта связь и выясняетъ, почему ипотека явилась наиболѣе чувствительной въ системѣ вотчинныхъ правъ къ перемѣнѣ условій. Занявъ со времени рецепціи римскаго права главное мѣсто среди правовыхъ формъ реальнаго кредита, ипотека, силою вещей, должна была прежде всего и глубже всего измѣниться въ своей организаціи въ эпоху кредитнаго хозяйства. И лишь ради нея или по образцу ея должны были послѣдовать измѣненія и въ организаціи другихъ вотчинныхъ правъ, прежде чѣмъ новыя экономическія условія не втянули всѣхъ вотчинныхъ отношеній въ вызванное ими теченіе, когда организація всего вотчиннаго оборота на новыхъ началахъ стала уже самоцѣлью.

Новое теченіе въ правѣ, вызванное новыми условіями въ жизни современныхъ народовъ, со временемъ оказалось не чѣмъ инымъ, какъ реставра-

ціей и продолженіемъ развитія давно забытыхъ національныхъ правовыхъ организацій, павшихъ въ борьбѣ съ римскимъ вліяніемъ. Оказывалось, что національное право западно-европейскихъ народовъ издавна обладало организаціями, которыя, при нѣкоторомъ принорoвленіи ихъ къ новымъ условіямъ, сулили дать все то, чего требовали новыя условія и чего римское право принципіально не могло дать. Отсюда, движеніе получаетъ сознательно реакціонный къ римскому праву и националистическій оттѣнокъ.

Послѣднее обстоятельство заставило автора коснуться въ самыхъ общихъ чертахъ средневѣковой организаціи вотчиннаго оборота и реальнаго кредита и таковой же—эпохи рецепціи римскаго права.

Книга I.

Бѣглый очеркъ состоянія права, регулирующаго вотчинно-ипотечный оборотъ за время, предшествующее новѣйшему теченію въ изслѣдуемой области.

ОТДѢЛЪ I.

Организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ средневѣковой Европѣ.

§ 2. Общія замѣчанія.

Средніе вв. въ экономической жизни зап. Европы могутъ быть характеризуемы, въ общемъ и цѣломъ, какъ эпоха натуральнаго хозяйства. Право вещное дѣлится тамъ на двѣ рѣзкія половины: право недвижимостей и право движимостей. Главное богатство народовъ состояло тогда, по общему правилу, въ недвижимостяхъ. Главный промыселъ народа составляло сельское хозяйство.

Владѣніе землею было „вѣчнымъ владѣніемъ". Отчужденіе земли было рѣдкимъ явленіемъ. И когда отчужденіе имѣло мѣсто, оно являлось событіемъ не только для семьи отчуждателя и пріобрѣтателя, но и для общины и для государства. Обладаніе землею было основаніемъ цѣлаго ряда политическихъ правъ и обязанностей. Отчужденіе земли было связано согласіемъ или даже участіемъ 3-хъ лицъ,—родственниковъ, сосѣдей, общинниковъ, леннаго господина или даже главы государства. Все это налагало на землевладѣніе печать неподвижности и устойчивости, а на право недвижимостей—печать громоздкости правовыхъ организацій и обезпеченности отношеній [1]).

Залогъ недвижимости въ ср. вв. по бытовому своему значенію почти что равнялся отчужденію недвижимости. По общему правилу заложенная недвижимость переходила въ пользованіе и владѣніе кредитора, а въ случаѣ просрочки уплатой долга — поступала безъ дальнѣйшаго и въ распоряженіе кредитора. Лишь съ теченіемъ времени появились другія организаціи реаль-

---

[1]) Право движимостей нами не затрогивается вовсе, хотя въ немъ и можемъ отмѣтить совершенно обратныя черты уже для ср. вв.—им. крайнюю упрощенность отношеній, содѣйствующую легкости оборота, при малой обезпеченности отношеній.

наго кредита, значительно и существенно отличныя отъ условнаго отчужденія недвижимости кредитору.

И этотъ строй мы наблюдаемъ на пространствѣ всей зап. Европы.

Но этотъ строй былъ только правиломъ, изъ котораго съ теченіемъ времени получились исключенія, им. въ хозяйственной и правовой жизни городовъ. Средневѣковые города пришли постепенно не только къ денежному, но, въ извѣстной мѣрѣ, и къ кредитному хозяйству. Значительные изъ нихъ, какъ, напр., ганзейскіе города — Гамбургъ, Бременъ, а также и многіе другіе (прирейнскіе и т. д.) стали постепенно и значительно отличаться строемъ своего хозяйства отъ провинціи, им. значительнымъ гражданскимъ оборотомъ, значительной быстротою послѣдняго и усиленной потребностью въ кредитѣ. Отсюда, и правовая организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ городахъ нѣсколько отличается отъ таковой же для провинціи.

ГЛАВА I.

Организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ Германіи въ ср. вв.

§ 3. Организація вотчиннаго оборота вообще. Auflassung.

Въ наши цѣли входитъ изображеніе лишь важнѣйшаго и всегда наиболѣе характернаго для той или иной вотчинной организаціи производнаго способа пріобрѣтенія недвижимостей по сдѣлкамъ между живыми. Этотъ способъ составляетъ всегда больное мѣсто въ организаціи вотчиннаго оборота и является всегда пробнымъ камнемъ для организаціи.

Въ среднев. Германіи производнымъ способомъ пріобрѣтенія права собственности на недвижимости, какъ равно и всѣхъ другихъ вещныхъ правъ на нихъ, была т. наз. „Auflassung" (или „Verlassung").

Послѣ длиннаго и интереснаго, но не относящагося сюда, ряда измѣненій, которыя Auflassung потерпѣла въ ходѣ правообразованія среднихъ вв. [1]), она представляется намъ въ своей наиболѣе законченной организаціи, какую получила въ городахъ, наканунѣ рецепціи римскаго права, въ слѣдующемъ видѣ [2]).

---

[1]) См. объ этомъ процессѣ правообразованія у Mascher, Das deutsche Grundbuch u. H. Wesen. Berlin 1869. I Abschn, гл. 1, 2 и 3; Stobbe, Hdb. 1893 г. § 94; Mittermaier въ Arch. f. c. Prax. Bd. 18 и др.

[2]) Источникомъ для изображенія Auflassung въ указанный моментъ служитъ мнѣ главнымъ образомъ „Codicillus jurium civitatum Megapolensium", представляющій собою сводку донесеній 30 мекленбургскихъ городовъ, въ отвѣтъ на запросъ Мекленбургскаго герцога Ульриха отъ мая 1589 г. о мѣстныхъ особенностяхъ въ правѣ, статутахъ и обычаяхъ. Запросъ былъ сдѣланъ въ виду предстоящей кодификаціи Мекленбургскаго права (Landrechtspläne). Codicillus находится у Westphalen, Monumenta inedita rerum Germanicorum et Megapolensium. Bd. I, стр. 2049—2097. Правда, донесенія городовъ иногда выражаются уже римскими терминами и въ организаціи другихъ институтовъ права замѣтно уже римское вліяніе, но въ изложеніи Auflassung (и aeltere Satzung) они еще всецѣло дышатъ глубокой стариною. Право этихъ городовъ, какъ и право Гамбурга и Бремена,

I. Отчужденіе иногда допускается въ случаѣ нужды только [1]), иногда же оно, повидимому, свободно отъ этого условія [2]). Отчужденію на сторону, обыкновенно, предшествуетъ предварительное предложеніе имѣнья родственникамъ, сосѣдямъ и т. д. [3]) по опредѣленной цѣнѣ [4]), а иногда и по цѣнѣ, предложенной 3-ми лицами [5]). Если родственники, сосѣди и т. д. отказались пріобрѣсти имѣнье, то собственникъ уже воленъ отчудить его на сторону. И тогда цѣна опредѣляется по соглашенію сторонъ [6]). Отчужденіе распадается на обязательственную сдѣлку объ отчужденіи и сложный торжественный актъ, содержащій элементы вещнаго договора и судебнаго приговора, выполняющій ту сдѣлку и переводящій право собственности на пріобрѣтателя [7]). Личная сдѣлка, въ свою очередь, распадается на предварительный перечень условій и на юридическое завершеніе ея, облекаемое въ разныя формы, им. она или освящается задаткомъ, или питьемъ вина, или письменнымъ актомъ [8]). Иногда же и эта личная сдѣлка совершается въ судѣ или городскомъ совѣтѣ [9]). Уплата цѣны слѣдуетъ за совершеніемъ личной сдѣлки, но предшествуетъ торжественному акту, выполняющему отчужденіе [10]). Обыкновенно, уплата совершается въ три срока, въ предѣлахъ Jahr und Tag [11]). Этотъ періодъ Jahr und Tag съ 3-мя сроками для уплаты

почти совпадающее съ первыми, основательно признается чистымъ германскимъ правомъ (Mascher, стр. 324, 369, 380), благополучно выдержавшимъ и натискъ римскаго вліянія и сохранившимся въ существенномъ до сего дня (Мекленб. Stadt. Buch-Ordnung 1830 г., Гамбургскій Gesetz v. 4 Dec. 1868 über Gr.-Eig. u. Hyp., Бременскіе Erbe—u. Handvesten-Ordg. 1833, 1860). Послѣднее обстоятельство тоже говорило въ пользу выбора именно Codicillus за главный источникъ нашего изслѣдованія. Послѣ мы увидимъ, какой притягательной силой пользовались дожившія до нашихъ дней національныя германскія вотчинно-ипотечныя организаціи Мекленбурга въ глазахъ современныхъ германскихъ реформаторовъ вотчинно-ипотечнаго режима въ эпоху повышеннаго національнаго движенія 60-тыхъ гг. 19 столѣтія.

1) Сообщеніе изъ гор. Ribbenitz, Westphalen I, 2064 стр.: „wird allhie einem jeden... seine Güter in Nothfällen zu veräussern, zu verpfänden, oder zu verkauffen erstattet, jedoch aber also, dasz dem negsten agnaten, oder in Mangel derselben, dem Nachbahren angeboten und praesentiret werden müsse...“ и др.

2) Изъ гор. Neu-Brandenburg, Westphalen, I, 2056 и др.

3) Изъ Neu-Brandenburg, Westph. I, 2056; Wittenberg, eod. 2089; Teteraw, eod. I, 2092; Ribbenitz, eod. I, 2064; Woldeck, eod. I, 2072; Pentzlin и др.

4) Neu-Brandenburg, I, 2056: „nach der Stadt-Werth“.

5) Marlaw, I, 2081; Wittenberg, I, 2089 и др.

6) Neu-Brandenburg и др.

7) Это дѣленіе отчужденія на личную сдѣлку и на вещный договоръ констатируется у Stobbe вообще для германскаго права, Stobbe, Hdb. 1893. II, 185 стр. и др. Въ болѣе раннюю эпоху обѣ стадіи отчужденія, видимо, сливались въ единый актъ, совершаемый на отчуждаемомъ участкѣ. Stobbe, eod.

8) „wird... mit dem Gottes-Pfennig bestaetiget, oder mit dem Wein-Kauff geschlossen, auch bisweilen wohl ein Kauff-Zettul darüber aufgerichtet“. Сообщ. изъ Parchim, у Westph. I, 2052; Plau, I, 2096; Ribbenitz, I, 2065; Grabau, I, 2078 и др.

9) Изъ Grabau, Westph. I, 2078; Brühl, I, 2079; Marlaw, I, 2080.

10) См. ниже.

11) Сообщ. изъ Parchim, Neu-Brandenburg, Plau и др.

цѣны иногда выдается источниками за обязательный [1]). Иногда же источники допускаютъ открыто разсрочку по усмотрѣнію сторонъ, не ограниченную ни числомъ сроковъ, ни общимъ продолженіемъ ихъ [2]). Личная сдѣлка объ отчужденіи представляетъ чисто обязательственное отношеніе и допускаетъ даже добровольное отступленіе отъ нея сторонъ,—причемъ, отступающій отъ сдѣлки покупатель утрачиваетъ въ пользу продавца данный имъ задатокъ, а отступающій продавецъ возвращаетъ покупателю двойную сумму полученнаго имъ задатка [3]).

II. Передача же вещнаго права на имѣнье слѣдуетъ въ торжественномъ актѣ, имѣющемъ мѣсто въ судѣ или городскомъ совѣтѣ и носящемъ названіе „Verlassung" или „Auflassung" [4]). Этотъ актъ уже рѣшительный для перехода собственности. Поэтому, всѣмъ городскимъ правамъ (да и не однимъ, конечно, городскимъ) извѣстно правило, что, для предотвращенія ущерба 3-хъ лицъ—родственниковъ, которые имѣютъ разнаго рода притязанія на имѣнье [5]), другихъ интересентовъ, наконецъ, церкви и государства [6]),—о предстоящей Auflassung дѣлаются публикаціи [7]).

Когда сдѣланъ послѣдній взносъ цѣны [8]) [9]), покупатель требуетъ отъ продавца совершенія Auflassung [10]). Стороны являются въ судъ [11]) или город-

---

[1]) Eod.

[2]) Friedland, Westph. I, 2075; тоже, повидимому, и въ Marlaw, I, 2080, и Teteraw, I, 2092.

[3]) Friedland, Westph. I, 2075.

[4]) Въ литературѣ принято болѣе точное названіе этого акта, им. „gerichtliche Auflassung", Stobbe, Hdb. 1893. II, § 94; Mascher, I, гл. 1, 2. Но это выраженіе примѣнимо уже къ позднѣйшему, развитому праву ср. вв. Первое же время Auflassung совершалась безъ участія суда, Stobbe, eod.

[5]) См. выше.

[6]) Сообщ. изъ Gustraw, Westph. I, 2060.

[7]) Эти публикаціи, судя по свѣдѣніямъ изъ нѣкоторыхъ городовъ, какъ будто предшествуютъ предъявленію сдѣлки въ судъ, Plau, I, 2096. Средствомъ публикацій указывается объявленіе съ каѳедры (Cantzel) или съ открытаго мѣста, Plau, eod., Friedland, I, 2076. Кто и въ какіе періоды совершаетъ публикаціи, этого изъ донесеній изъ Plau не видно. Тамъ, гдѣ публикаціи слѣдовали за предъявленіемъ сдѣлки въ судъ, онѣ совершались троекратно судомъ (ниже). Кое-гдѣ и самая обязательственная сдѣлка совершалась судомъ (выше). Можетъ быть, въ этихъ случаяхъ судъ, освѣдомленный о сдѣлкѣ, и совершалъ публикаціи. И въ вышеуказанныхъ случаяхъ, надо думать, объявленіе совершалось періодически, можетъ быть даже оно совпадало съ 3-мя сроками уплаты цѣны, такъ какъ этой уплатѣ придавалось огромное значеніе для хода отчуждательной сдѣлки, какъ, съ другой стороны, придавалось значеніе и публикаціямъ для того же хода сдѣлки. Можетъ быть, публикаціи совершали сами стороны, какъ это и было въ глубокую старину при вызовѣ интерессентовъ.

[8]) Friedland, Westph. I, 2075: „Wann der Kauffer nach Laut u. Besage der aufgerichteten Recesse, den letzten Termin erleget hat", Neu Brandenburg, I, 2056; Malchim, I, 2068; Marlaw, I, 2080, Teteraw, I, 2092; Plau, I, 2096 и др.

[9]) А можетъ быть,—и когда совершены публикаціи, гдѣ онѣ предшествуютъ явкѣ сторонъ въ судъ (Plau I, 2096).

[10]) См. всѣ указ. въ прим. 8 сообщенія.

[11]) „im Gericht u. gehegenden Dinge", Neu-Brandenburg, I, 2056; „oeffentlich bey dem Richter und Schoepfen", eod.; „oeffentlich vor gehegten Dinge im Gericht". Friedland, I, 2075. Судъ предполагается тотъ, въ округѣ котораго лежитъ недвижимость.

ской совѣтъ [1]). Иногда отчуждатель сопровождается родственниками [2]). Въ судѣ стороны выражаютъ свою волю; читаютъ письменный актъ, содержащій сдѣлку отчужденія [3]), и иногда, повидимому, сопровождаютъ свои заявленія символическими дѣйствіями [4]).

Судъ ведетъ себя активно [5]); „опрашиваетъ продавца" о сдѣлкѣ, вѣроятно, въ интересахъ какъ правоваго порядка, такъ и сторонъ, напр., о дѣеспособности продавца, о томъ, дѣйствовалъ-ли онъ добровольно и непринужденно, о томъ, имѣются-ли на лицо условія, при которыхъ только и допускается по нѣкоторымъ правамъ отчужденіе, им. наличность нужды, предварительное предложеніе родственникамъ купли имѣнья, совершеніе публикацій и т. п. [6]). Иногда, однако, судъ, повидимому, предлагаетъ отчуждателю лишь торжественный вопросъ,—отчуждаетъ-ли онъ имѣнье; и отчуждатель даетъ краткій отвѣтъ: „да" [7]).

По нѣкоторымъ правамъ [8]), именно теперь слѣдуетъ троекратное, періодически совершаемое судьею оглашеніе сдѣлки [9]).

---

1) „auf dem Rathhause für dem regierenden Bürgermeister, dem Kehmer-Herr, und dem Stadtschreiber". Parchim, I, 2052; „vor Richt und Rath", Marlaw, I, 2080; „ehrbare Rath und Gericht", Wittenburg, I, 2088; „vorm Rathe", Plau, I, 2096.

2) „Freundschaft"; Ribbenitz, I, 2064; Marlaw, 2080 и др.

3) „Ihre Kauff-Brieffe", Friedland, I, 2075.

4) „Verlaest Verkäuffer dem Käuffer mit Hand und Mund" (Friedland I, 2075); „Musz der Kaeuffer nebenst seiner Frauen, dem Rathverwandten mit Handtastung das Erbe verlass-und abtreten, welcher es hinwiederumb dem Kauffer mit Handtastung übergibt, und eine Antwort mit Repetirung der Handlung thut; darauf der Wein-Kauff geschiehet und getruncken wird". (Grabau, I, 2078).

5) Stobbe склоненъ признать дѣятельность суда при совершеніи Auflassung прямо формой процесса, Hdb. 1893. II, стр. 191.

6) Stobbe, сод. § 94.

7) Neu-Brandenburg, I, 2056: „Zuvorher der Verkaeffer gefraget worgen, ob er von seinen verkaufften Gütern ablaest, und dazu ja gesaget"; тоже въ Grabau, I, 2078.

8) Friedland, I, 2075: „darnach (по прочтеніи акта отчужденія въ судѣ) wird das gekauffte Guth durch den verordneten Richter drey unterschiedliche mahl aufgeboten; im Nahmen Gottes, der Landes-Fürsten, Gerichts und des Raths". Оглашеніе и тутъ совершается съ Cantzel.

9) Это, повидимому, другая разновидность производства, наиболѣе естественная для разсматриваемаго историческаго момента. Тутъ публикація является уже настоящимъ оффиціальнымъ актомъ, серьезнымъ и влекущимъ за собою важныя правовыя послѣдствія. Именно въ этой разновидности и встрѣчаемъ публикаціи и теперь въ правѣ Мекленбургскихъ городовъ (Stadt BOg 1829, см. ниже), а также Гамбургѣ (Mascher, стр. 369 и слѣд.) и Бременѣ (eod. 388 стр.). Разновидности соотвѣтствуютъ и другія подробности производства. Им. тутъ отсутствуетъ срокъ въ Jahr u. Tag, обязательный для выплаты цѣны. Слѣд. стороны могутъ явиться въ судъ хотя въ день совершенія личной сдѣлки. Но 1) цѣна и тутъ должна быть уплачена ранѣе совершенія Auflassung (выше), 2) публикаціи и тутъ должны были совершаться въ теченіе извѣстнаго періода, можетъ быть того же Jahr und Tag. За это соображеніе говоритъ общее германское право, согласно которому обезпеченность пріобрѣтателя, выражаемая въ предоставленіи ему rechte Gewehre, могла послѣдовать лишь черезъ Jahr und Tag съ момента объявленія сдѣлки въ судѣ во всеуслышаніе (Stobbe, Gewehre).

Гдѣ публикаціи отнесены къ періоду производства о Verlassung въ судѣ, тамъ въ періодъ публикацій вплоть до окончательнаго завершенія Verlassung, а гдѣ публикаціи имѣютъ мѣсто до предъявленія Verlassung въ судѣ, тамъ немедленно же по опросѣ сторонъ, судъ или городской совѣтъ, въ засѣданіи, въ которомъ рѣшается вопросъ о переходѣ собственности по Verlassung, приглашаютъ и 3-хъ лицъ высказатьсяо сдѣлкѣ, если этого не было сдѣлано 3-ми лицами еще раньше [1]). Воспослѣдовавшія со стороны 3-хъ лицъ возраженія на сдѣлку судъ разбираетъ. И когда все улажено, судъ допускаетъ завершеніе сдѣлки. Продавецъ совершаетъ Verlassung [2]).

По совершеніи отчуждателемъ Verlassung слѣдовалъ приговоръ суда. Приговоръ составлялся шёффенами и провозглашался судьею. А въ заключеніе Gerichts-Voigt провозглашалъ миръ владѣнія и обѣщалъ защиту его, грозя, что будетъ третировать каждаго нарушителя владѣнія какъ нарушителя правомѣрнаго состоянія [3]).

Verlassung, по нѣкоторымъ правамъ, сама по себѣ уже переводила вещное право собственности съ продавца на покупателя [4]). Нѣкоторыя донесенія прямо называютъ ее Immission, Possession [5]) и т. п., желая обозначить, что она отвлеченно передаетъ юридическое владѣніе пріобрѣтеннымъ имѣньемъ [6]). Такъ что фактическая традиція имѣнья уже не имѣла собственно для пріобрѣтенія имѣнья никакого юридическаго значенія [7]). На основаніи Verlassung пріобрѣтатель уже самъ могъ взять имѣнье во владѣніе и имѣлъ не только противъ отчуждателя искъ о вводѣ во владѣніе, но могъ требовать имѣнье и отъ 3-хъ лицъ, если прежній собственникъ отчудилъ имѣнье 3-мъ лицамъ и ввелъ ихъ во владѣніе, не совершая для нихъ Verlassung [8]).

По нѣкоторымъ правамъ и вводъ во владѣніе совершался судомъ [9]).

---

1) Friedland, I. 2075; Plau, I, 2096; Neu-Brandenburg, I, 2056.

2) Источники выражаются объ этомъ такъ: изъ Parchim, I, 2052: „(по своевременной уплатѣ цѣны) wird solches Erbe und verkaufftes Haus auf dem Rathhause für dem regierenden Bürgermeister, dem Kehmer-Herrn, und dem Stadtschreiber vom Verkaeuffer für sich und seine Erben, dem Kaeuffer erblich abgetreten, verlassen...“; Friedland, I, 2075: (по изложеніи производства публикацій, слѣдуетъ) „wenn denn niemand verhanden ist. der wiederspricht, so verlaest Verkäuffer dem Käuffer mit Hand und Mund, von Erben zu Erben“; Plau, I, 2098: (кратко) „werden solche Güther vorm Rathe verlassen“.

3) Friedland, I, 2075: „und wann die Verlassung also würcklich geschehen, so wird durch den Gerichts-Voigt auf Erkaenntniss der Schoepfen, dem Kaeuffer und seinen Erben über das verkauffte Hauss und Guth Hege und Friede gewircket“... Ср. также Stobbe, II, 195, Mascher, стр. 45, 46.

4) Neu-Brandenburg I. 2056; Friedland I, 2075.

5) Plau, I, 2096.

6) Neu-Brandenburg I, 2056; ср. Stobbe, II, 189, 191 и др.

7) Stobbe, II, 189: указываетъ косвенное значеніе ея. Им. фактическая традиція устанавливала тождество отчуждаемаго участка; при ней констатировалось отсутствіе юридическихъ препятствій къ распоряженію имѣніемъ и т. д.

8) Stobbe, II, 189, 191.

9) Stobbe, II, 191 и др.—А въ провинціи, особенно въ глубокую старину, вводъ во владѣніе обставлялся особенными торжественными дѣйствіями, выражавшими, что отчуждатель отказывается отъ своего права въ пользу пріобрѣтателя. Stobbe, II, 186, 188, 189.

Но Verlassung не только устанавливала право собственности. Она влекла большее, им. неоспоримое ни съ чьей стороны право собственности. Послѣ Verlassung уже не было мѣста оспариванію отчужденія не только со стороны прежняго собственника, но и со стороны 3-хъ интерессентовъ, и, притомъ, ни по какимъ основаніямъ. Въ частности, не было мѣста и виндикаціи имѣнья, если-бы отчуждатель оказался не настоящимъ собственникомъ или имѣнье нельзя было отчудить [1]). Это—послѣдствіе публичной формы, въ которую облекалась Verlassung. И это же есть та національная особенность германской Auflassung, которая такъ рѣзко отличаетъ ее отъ римской традиціи [2]) [3]). Дѣйствіе Verlassung технически выражается понятіемъ rechte Gewere [4]).

Въ нѣкоторыхъ городахъ Verlassung, устная и торжественная, завершала отчужденіе. О записи Verlassung въ судебную или городскую книгу ничего не говорится [5]).

Напротивъ, въ другихъ городахъ актъ Verlassung былъ болѣе или менѣе тѣсно связанъ съ записью сдѣлки въ судебную или городскую книгу. Причемъ, соотношеніе Verlassung и записи различается по разнымъ городскимъ правамъ. По однимъ правамъ Verlassung и запись мыслятся раздѣльно, какъ два равнозначительныхъ момента единаго акта отчужденія, или какъ матеріальное содержаніе и форма единаго акта [6]).

---

[1]) Ср. Stobbe, II, 192.

[2]) Ср. Stobbe, II, § 94, Mascher, 45 и слѣд.

[3]) Источники объ этомъ говорятъ: Neu-Brandenburg I, 2056: „Und koennen folgends nach solcher Verlassung die verkauffte und verlassene Güter von niemands belanget, oder besprochen werden“; Friedland 2075: „wann die Verlassung alzo würcklich geschehen, so wird durch den Gerichts-Voigt auf Erkaentniss der Schöpfen, dem Kaeuffer und seinen Erben über das verkauffte Hauss und Guth Hege und Friede gewircket, und behaelt der Verlassene und seine Erben gar keine Gerechtigkeit“; Pentzlin: „und so es aufm Stadtbuch verlassen, kann das nicht wieder gelöset werden“; Brühl, I, 2070 и др. Наоборотъ, гдѣ Verlassung не имѣла мѣста, тамъ открыто признается оспоримость отчужденія 3-ми интерессентами, „Freunde“. Marlaw, I, 2081: „die verkaufften Güther, wann sie bezahlet, vor Richt und Rath müssen verlassen werden, denn wenn Keine Verlassung geschehen, können die Freunde die Güther allewege anfechten u. ansprechen“. Woldeck, I, 2072.

[4]) Mascher, 46 стр.; Stobbe, II, 192 стр. — Совершенно такой же видъ и дѣйствіе Auflassung имѣла по Sachsenspiegel. B. I, 9, 52. См. Schmidt, Vorles. über d. in dem Kgr. Sachsen Gelt. PR. Leipzig 1869, I, 209.

[5]) Neu-Brandenburg I, 2056; Friedland I, 2075, Marlaw; Gustraw и др. — Вообще книги для записи Verlassung велись далеко не во всѣхъ германскихъ городахъ. Mascher, 62 стр. Въ провинціи же книги и вовсе были рѣдкимъ явленіемъ. А гдѣ онѣ и встрѣчались, онѣ имѣли главной задачей опредѣленіе оброчныхъ отношеній крестьянскихъ имѣній а не оборотъ; онѣ вообще не получили тамъ ни особаго значенія, ни цѣлесообразной организаціи. Stobbe, II, 565.

[6]) Parchim, I, ср. 2052 (по своевременной уплатѣ цѣны): „wird solches Erbe und verkaufftes Haus auf dem Rathhause... vom Verkauffer für sich und seine Erben, dem Kaeuffer erblich abgetreten, verlassen, und alsofort die Verlassung in der Stadt-Buch verzeichnet, und behaelt der Verkaeuffer gar nichts daran“; Plau, I, 2096: „Wann aber der letzte Termin zum richtigen Kauffe erleget, als werden solche Güther auf ihrer allerseits

По другимъ же правамъ, Verlassung всецѣло исчезаетъ въ записи, запись замѣняетъ Verlassung и она-то и называется Verlassung. Стороны тутъ предъявляютъ актъ отчужденія и присутствуютъ при совершеніи записи [1]). Если въ изложенныхъ нами до сихъ поръ случаяхъ власти принадлежала болѣе или менѣе значительная активная роль при совершеніи Verlassung, то, по нѣкоторымъ правамъ, Verlassung уже всецѣло совершается властью, которая выступаетъ какъ посредница между сторонами, придавая акту всю полноту оффиціальнаго значенія [2]).

Begehr vorm Rathe verlassen, auch die Verlassenschaft sowohl, als das bezahlte Kauff-Geld, darnach in des Raths oder Stadt-Buch gezeichnet, und erlangt also der Kaeuffer die würckliche Possession". Ribbenitz: „Der Verkäuffer, so bald er den letzten Termin wegen der verkaufften Güther erleget, und die gantze Kauff-Summe bezahlet, dem Kauffer solche Gütter vor den Sitzenden Rath aufgetragen und verlassen werden; alsdenn und nicht eher wird solches ins Stadtbuch verzeichnet und hat der Verkäuffer an den verkauffeten Güthern so lange diese Gerechtigkeit"; Woldeck, I, 2072: „und da solcher Kauff von dem Kaeuffer gerichtlich verlassen und in das gerichtliche Schöpfenbuch verzeichnet, als wird der Kaeuffer und seine Erben bey solchen Kauff billig geschützt und gelassen"; Malchim: „wann Aecker, Gaerten oder Haeuser erblich gekaufft und bezahlet werden, dasz alsdann der Verkäuffer dem Käuffer dasselbe quit und frey ohne Einsage für uns verlassen und ins Stadt-Buch geschrieben werden musz"; въ этомъ же смыслѣ гласитъ заявленіе изъ Brühl, I, 2080 и друг.—Ср. также Stobbe, II, 193: „возникло правовоззрѣніе, что право переходитъ не съ Auflassung передъ судомъ, а съ послѣдующей записью Auflassung въ книгу и что записанное въ судебную книгу право можетъ быть и утрачено только съ записью; Mascher, 53 стр.

[1]) Wittenberg [2089: „Wann dieselben (т. е. liegende Güter) mit Vorwissen eines ehrbahren Raths und gerichts, und ihrer Zugeordneten verkaufft, Vertraege aufgerichtet und darnach Solcher Contract in Gegenwart bej der Partheyen, und zwey oder drey Bürgern umb Zeugnisz willen fürn Stadt-Buch vollenzogen, verlassen, aufgetragen und eingeschrieben wird, dasselbe wird für bestaendig gehalten, und die Parthen dabey geschützet. (Da aber sonsten heimliche Contracten geschehen, und folgendes unter dem Kaeuffer und Verkäuffer, oder derselbigen Erben Irrunge entstünden, und darüber geklaget wird, wird der Vertrag für nichtig gehalten)'; Teteraw, I, 2093: „Der Verkaeuffer ist schuldig... dem Kaeuffer das, was er ihm verkaufft, auf Stadt-Buch quit und frey zu verlassen, auch aller Ansprache Noth und Schadloss zu halten"; Pentzlin, I, 2082: „...und so es aufm Stadtbuch verlassen, kann das nicht wieder geloeset werden"; Sternberg, I, 2062: „имѣется Verlassung въ видѣ записи въ Stadt-Buch, куда записываются и всевозможныя условія сдѣлки".—Свѣдѣнія изъ мекленбургскихъ городовъ не указываютъ на 3-й видъ соотношенія Verlassung къ записи, наиболѣе первобытный, извѣстный другимъ германскимъ правамъ, именно. гдѣ запись Verlassung имѣла лишь подчиненное значеніе и предназначалась лишь для памяти и доказательства совершенія Verlassung, которой исключительно принадлежало все значеніе передаточнаго акта. См. Mascher 53 стр., Stobbe, 193 стр.

[2]) Neu-Brandenburg, I, 2056: „bey Erlegung des letzten Termins Kauff-Geldes von dem Kaeuffern im Gericht und gehegenden Dinge, die Immission der erkaufften Güther, durch den Gerichts Procuratoren, offentlich bey dem Richter und Schoepfen gefodern, die der Richter auch Ambts halber, wann zuvorher der Verkaeuffer gefraget worden, ob er von seinen varkaufften Gütern ablaest, und dazu ja gesaget, auch niemandes verhanden, der dawieder Einrede haette, stipulata manu den Kaeuffern würcklich allda in der Gerichtsstelle, in Beyseyn des gantzen Umbstandes thut, und behaelt der Verkaeuffer für solcher gerichtlichen Immission an die verkaufften und tradirten Güther keine andere Gerechtigkeit, den tacitam hypothecam et prioritatem des unbezahlten Kaufgeldes halber, be-

Мы указали то различное значеніе, какое запись имѣла при Verlassung. Содержаніе записи въ то время было, видимо, довольно обстоятельное. Можетъ быть, даже, въ книгу заносилось все содержаніе письменнаго акта сдѣлки [1]). Тамъ, гдѣ Verlassung выступала въ тѣсномъ соединеніи съ записью въ книгу, и дѣйствіе ея, им. установленіе rechte Gewere, наступало

---

sage der Rechte, und koennen folgends nach solcher Verlassung die verkauffte und verlassene Güter von niemandes belanget, oder besprochen werden"; Lage, I, 2086: „...so bald jemand etvas verkaeufft, wird mit unsern Wissen und Willen ins Stadt Buch verzeichnet, und von dem ältesten Bürgermeister verlassen, und was er nach Verkauffung, es sey Acker oder Häuser, vor sich behaelt, wird er billig dabey geschützt". — Ср. Stobbe, II, 193: Кое-гдѣ Auflassung получила квалифицированное значеніе: право переходило не прямо отъ отчуждателя къ пріобрѣтателю, а сначала отъ отчуждателя къ судьѣ, а потомъ отъ судьи къ пріобрѣтателю, какъ будто имѣлъ мѣсто судебный процессъ, гдѣ пріобрѣтатель получаетъ право такъ, какъ его провозглашаетъ судья. Именно, несмотря на недостатки права у отчуждателя, пріобрѣтатель получаетъ безпорочное право и неуязвимое,—rechte Gewere".

[1]) По крайней мѣрѣ, донесенія изъ нѣкоторыхъ городовъ сообщаютъ, что въ книгу заносились не только передачи собственности, но и разнаго рода побочныя волеопредѣленія сторонъ, даже фактъ уплаты цѣны (Sternberg, I, 2063: „die Verlassung... in das Stadtbuch verzeichnet werde: Wäre es aber das etwa der Kaeuffer eine Bedingung sich vorbehalten wolte, wird solches verschrieben, und darüber gehalten"; Wittenburg, I, 2088; Plau, I, 2096).—Какое названіе носили книги и какъ онѣ были организованы, объ этомъ донесенія городовъ даютъ скудныя указанія. Въ донесеніяхъ, касающихся Verlassung, книга называется общё-Stadtbuch (Parchim, I, 2052; Sternberg, 2062; Malchim, I, 2058; Brühl, I, 2079; Pentzlin, I, 2082; Lage, I, 2086; Wittenburg, I, 2088; Teteraw, I, 2092; Plau, I, 2095 и др.). Весьма возможно, что въ незначительныхъ городахъ одна общая книга служила для всякаго рода записей, а не только для записей, касающихся вотчиннаго оборота. У Stobbe, II, 562 и слѣд., Mascher, гл. 2, мы встрѣчаемъ случаи такихъ въ полной мѣрѣ неорганизованныхъ книгъ, куда записывались самыя разнообразныя сдѣлки, въ хронологическомъ порядкѣ. И этотъ безпорядочный видъ книги былъ, повидимому, правиломъ въ первое время по возникновеніи ихъ. Но современемъ почувствовались неудобства такихъ книгъ, особенно въ городахъ съ живымъ оборотомъ (Mascher, 55), и тогда стали упорядочивать и спеціализировать книги. Именно, стали заводить особыя книги для разныхъ видовъ сдѣлокъ: книги для отчужденій собственности, книги для обремененій недвижимостей залогами и т. д. (Stobbe II, 503, Mascher, 55 и слѣд.). Тогда спеціализировались и названія книгъ. Такъ, въ Гамбургѣ велись Erbe—Buch, или libri hereditatum, вотчинная книга, а рядомъ Rentenbuch, ипотечная книга (Mascher, 53 стр.); въ Ростоккѣ также: Erbe-oder Hausbuch, или libri hereditatum, т. е. вотчинная книга, и рядомъ Pfand—oder Rentenbuch, или liber redditnum et hereditatum obligatarum (см. Mecklenburger Urkundenbuch, I, XLVIII, II, 614a); въ Любекѣ: Ober-Stadtbuch, Niederstadtbuch и т. д. (Mascher, 55). Рядомъ съ этимъ предметнымъ дѣленіемъ стали вводить территоріальное дѣленіе: въ Гамбургѣ—по приходамъ, въ Мюнхенѣ—по кварталамъ; особенно же развито было территоріальное дѣленіе въ Кёльнѣ. — Стали, въ извѣстной мѣрѣ, добиваться и удобствъ при осмотрѣ правоотношеній по отдѣльнымъ участкамъ; для этого заводили алфавитные указатели участковъ, а въ Кёльнѣ соединяли въ одинъ волюмъ всѣ акты, относящіеся до отдѣльныхъ участковъ, отчего получалась возможность легко осмотрѣть юридическую судьбу каждаго участка за извѣстное время. Наконецъ, усовершенствовали веденіе книгъ и въ томъ отношеніи, что стали совершать записи въ экстрактивной формѣ, указывающей лишь сущность правоотношенія; такъ было, напр., въ Гамбургѣ (Mascher, 369 и слѣд.). Но всѣ эти успѣхи совершились въ городахъ, подъ давленіемъ живаго оборота, въ провинціи же въ ср. вв. книги имѣли слабое развитіе, возникали лишь въ интересахъ верховныхъ собственниковъ, содержали лишь перечень оброчныхъ отношеній, имѣли безпорядочный видъ (Stobbe, II, 565).

съ записью въ книгу [1]). Дѣйствіе Verlassung, по общему правилу, наступаетъ немедленно [2]). И только по одному праву, родственникамъ (конечно, и другимъ интерессентамъ) все еще принадлежитъ право оспариванія отчуждательной сдѣлки въ теченіе Jahr und Tag, по истеченіи каковаго срока такое право отпадаетъ [3]).

§ 4. Правовыя формы реальнаго кредита въ средневѣковой Германіи. Общія замѣчанія.

Ученіе германистовъ объ этихъ формахъ пережило длинную исторію, лишь до извѣстной степени завершившуюся къ нашему времени. До начала 19 ст. романизованная теорія путалась въ объясненіи природы средневѣковыхъ формъ реальнаго кредита, такъ какъ послѣднія слишкомъ рѣзко отличались отъ римскихъ организацій Юстиніановыхъ компиляцій. Aeltere Satzung, эту господствующую форму реальнаго кредита среднихъ вв., юристы склонны были конструировать какъ продажу съ правомъ выкупа. И подтвержденіе этого взгляда не трудно было найти въ оборотахъ источниковъ. Neuere Satzung выдавали за реципированную изъ римскаго права ипотеку. Albrecht [4]) въ началѣ 19 ст. пытался доказать, что германское право знало кромѣ Eigenthumsgewere еще Pfandgewere и что въ Германіи уже въ средніе вв. было двѣ формы настоящаго залога: aeltere Satzung, гдѣ залогъ переходитъ въ пользованіе кредитора и гдѣ кредиторъ не имѣетъ права отчужденія залога, и neuere Satzung, гдѣ заложенная недвижимость остается у должника и гдѣ кредиторъ имѣетъ право отчужденія залога. Albrecht придалъ такое названіе обѣимъ формамъ реальнаго кредита въ увѣренности, что между ними существуетъ историческая и генетическая преемственность, и что neuere Satzung не только явилась позднѣе, но и выродилась изъ aeltere Satzung и отличается отъ послѣдней только тѣмъ, что пользованіе недвижимостью принадлежитъ при ней залогодателю. Со временемъ, однако, набирался матеріалъ, на основаніи котораго были подвергнуты сомнѣнію какъ историческая преемственность обѣихъ Satzungen, такъ и внутреннее сродство ихъ. И вотъ Meibom [5]) предпринимаетъ новую переработку ученія о формахъ реальнаго кре-

---

[1]) Parchim, I, 2052; Sternberg I, 2062; Malchin, I, 2068; Brühl, I, 2079; Pentzlin, I, 2082; Lage, I, 2086; Wittenburg, I, 2088; Teteraw, I, 2092; Plau, 2096 и др.

[2]) Такъ рисуютъ его всѣ донесенія мекленбургскихъ городовъ, кромѣ Wittenburg.

[3]) По праву Wittenburg, I, 2088. Замѣчательно, что свѣдѣнія изъ Wittenburg ничего не говорятъ ни о разсрочкѣ цѣны на Jahr und Tag и публикаціяхъ о сдѣлкѣ до предъявленія ея въ судъ (какъ въ Plau), ни о троекратномъ оглашеніи сдѣлки судомъ по предъявленіи ея въ судъ, по до заключенія ея въ судѣ (какъ во Friedland, I, 2075). Можетъ быть, мы имѣемъ для Wittenburg третью разновидность публикацій сдѣлки, именно совершаемыхъ послѣ записи сдѣлки въ книгу въ періодъ, когда сдѣлка подвержена оспоримости (Jahr und Tag). Такая организація вотчиннаго режима не была рѣдкостью въ то время, да и теперь извѣстна нѣкоторымъ правамъ. У Stobbe (II, 192, 193) мы находимъ примѣры подобной оспоримости записи для средневѣковаго права; изъ современныхъ же законодательствъ этой системы держится Австрійское право, которое, кстати замѣчу, усвоило ее изъ средневѣковой организаціи вотчиннаго режима богемскихъ Landtafel (ниже).

[4]) Die Gewere. Königsberg 1826.

[5]) Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867.

дита въ ср. вв. Въ результатѣ своихъ изслѣдованій, Meibom приходитъ къ убѣжденію, что aeltere Satzung и neuere Satzung суть организаціи, по существу различныя. Первая является мѣновой сдѣлкой, Tauschgeschäft, обмѣномъ капитала за пользованіе недвижимостью; отсюда Meibom признаетъ существенное сходство Satzung съ Verkauf auf Wiederkauf и не только экономическое, но и правовое; различіе отношеній состоитъ лишь въ томъ, что при Satzung обмѣнъ не затрогиваетъ субстанціи недвижимости. Отсюда же Meibom признаетъ и долю истины въ ученіи старыхъ германистовъ (до Альбрехта) [1]). Напротивъ, neuere Satzung есть чисто кредитная сдѣлка, Satzung um Schuld и представляетъ договоромъ установленное перципированное состояніе экзекуціи недвижимости въ пользу кредитора. Первая Satzung есть вещное право, даетъ кредитору Gewere, возникаетъ путемъ Auflassung, прекращается выкупомъ или поступленіемъ недвижимости въ собственность кредитора; вторая не даетъ ни вещнаго права, ни Gewere, базируетъ (на судебномъ) запрещеніи собственнику отчуждать недвижимость, возникаетъ безъ Auflassung, путемъ частнаго или судебнаго акта и выполняется въ экзекуціи на недвижимость. Meibom внесъ много новаго въ уясненіе вопроса, но онъ все же не разрѣшилъ послѣдняго окончательно, напримѣръ, не выяснилъ истиннаго соотношенія Satzung къ Kauf auf Wiederkauf, какъ равно и того, почему обмѣнъ капитала на пользованіе недвижимостью завершается при aeltere Satzung въ извѣстныхъ случаяхъ пріобрѣтеніемъ самой субстанціи вещи кредиторомъ. Причиной этому служило отчасти то, что Мейбомъ безъ критики усвоилъ дѣленіе Satzung на aeltere и neuere, провозглашенное Альбрехтомъ. А между тѣмъ самое это дѣленіе оказывалось не точнымъ, и ключъ къ уразумѣнію вопроса находился въ предварительномъ установленіи понятія Satzung [2]). И вотъ Franken [3]) говоритъ послѣднее слово по разсматриваемому вопросу. Путемъ остроумнѣйшаго анализа французскихъ, нѣмецкихъ и англійскихъ средневѣковыхъ источниковъ права талантливѣйшій ученый пытается установить природу Satzung и этимъ путемъ дойти до уясненія истиннаго смысла организацій aeltere и neuere Satzung. Хотя автору и не удалось докончить своего труда, такъ что мы имѣемъ отъ него только общее ученіе о Satzung, изслѣдованіе aeltere Satzung и общія замѣчанія о neuere Satzung, но и результаты этой работы получились самые блестящіе. Франкенъ остроумно доказалъ, что не только термины aeltere и neuere Satzung не вѣрные, такъ какъ neuere Satzung вовсе не есть Satzung, но что и классификація формъ реальнаго кредита на aeltere и neuere Satzung не вѣрная, не только потому, что въ основѣ ея не лежитъ точнаго признака дѣленія, но и потому, что aeltere Satzung, какъ ее принято понимать, не есть простое понятіе, а есть сложное явленіе,—именно комбинація чистой Satzung съ другимъ правоотношеніемъ,

---

[1]) Стр. 273, 358, 401. Berlin, 1873, стр. 2.

[2]) Довольно распространеннымъ становился и тотъ взглядъ, что neuere Satzung вовсе не neuere, а такъ же стара, какъ aeltere S. и что обѣ онѣ служили только различнымъ бытовымъ условіямъ, причемъ aeltere S. больше отвѣчала деревенскому строю, а neuere — городскому.—См., напр., Heusler, Institutionen.

[3]) Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalt. Berlin, 1879.

о которомъ скажемъ ниже. Положительные выводы, къ которымъ приходитъ Франкенъ, можно формулировать такъ.

Средневѣковое германское право имѣло два источника правообразованія: Volksrecht и Amtsrecht; первый источникъ—древнѣйшій, второй—болѣе поздній. Правообразованіе Volksrecht, въ свою очередь, пережило двѣ стадіи развитія, древнѣйшую и позднѣйшую. Древнѣйшая стадія правообразованія Volksrecht отражаетъ такую экономическую эпоху, когда право собственности на субстанцію недвижимости еще не выработалось и все отношеніе по недвижимости сводилось къ праву пользованія. Пользованіе было объектомъ всѣхъ отношеній по недвижимости. Эта-то эпоха и была не только колыбелью, но и ареной господства Satzung въ ея чистомъ и точномъ значеніи. Въ этомъ значеніи Satzung есть широкое понятіе, означающее неизмѣнно обмѣнъ пользованія недвижимости на капиталъ. Такимъ образомъ, Satzung была не species, а typus, подъ который въ каждомъ случаѣ вкладывалось, по волѣ сторонъ, спеціальное содержаніе. Въ одномъ случаѣ Satzung играла роль купли, въ другомъ — datio in solutum, въ третьемъ — залога. Однако, во всѣхъ этихъ спеціальныхъ примѣненіяхъ типической Satzung правовое строеніе послѣдней оставалось неизмѣннымъ; варьировалось только намѣреніе сторонъ (intentio) да развѣ соотношеніе обмѣниваемыхъ капитала и пользованія; такъ, при куплѣ покупатель выступалъ съ предложеніемъ, при datio in solutum — собственникъ предлагалъ Satzung въ уплату своего долга. Что же касается интересующаго насъ всего болѣе случая, когда Satzung являлась правовой формой реальнаго кредита, или, говоря болѣе обычнымъ въ литературѣ языкомъ, когда Satzung являлась Pfandsatzung,—то вся особенность этого случая примѣненія Satzung выражалась только въ томъ, что предоставленіе капитала имѣло значеніе аванса за пользованіе и что стороны имѣли въ виду: одна—кредитовать, а другая—за этотъ кредитъ предоставить пользованіе недвижимостью. Въ подробностяхъ различались три случая: 1) пользованіе идетъ въ %, 2) пользованіе идетъ на погашеніе кредитованной суммы, 3) пользованіе идетъ частью въ %, частью на погашеніе кредитованной суммы. Хотя эти случаи носили разное наименованіе, но правоотношеніе вездѣ было одинаковое. Только прекращеніе Satzung слѣдовало различными способами: въ первомъ случаѣ имѣлъ мѣсто выкупъ (Einlösung), во второмъ и третьемъ—возвращеніе права пользованія къ должнику, съ покрытіемъ изъ доходовъ отъ вещи кредитованной суммы (Rükkfall). Но никогда Satzung, при которой право на субстанцію недвижимости вовсе не затрогивалось, не влекла перехода собственности на субстанцію къ кредитору. Отсюда, какъ бы долго Pfandsatzung ни существовала, при ней всегда пользованіе было только временнымъ. Отчуждатель пользованія всегда имѣлъ тутъ право востребованія, наличность котораго и указывала на срочность правоотношенія. Пользователь, конечно, имѣлъ Gewere на пользуемую недвижимость, ибо Gewere имѣла мѣсто вездѣ, гдѣ было на лицо живое отношеніе къ недвижимости, а особенно право извлеченія изъ недвижимости плодовъ. Gewere была защищенной правомъ видимостью отношенія къ вещи. Изъ всего сказаннаго съ очевидно-

стью слѣдуетъ, что при Satzung, служившей роли залога, или Pfandsatzung, не имѣло мѣста никакое долговое отношеніе, какъ не имѣетъ мѣста никакое долговое отношеніе при наймѣ недвижимости, когда наниматель напередъ уплачиваетъ сумму наемной платы. Satzung есть самодовлѣющая, единая, двусторонняя сдѣлка, при которой за напередъ выдаваемый капиталъ предоставляется временное пользованіе недвижимостью. Выражаясь не совсѣмъ точно юридически, Pfandsatzung есть купля пользованія или купля натуральной ренты.

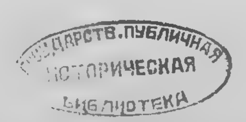
Позднѣе, когда выработалось понятіе права собственности на субстанцію недвижимости, Satzung все еще продолжала существовать, такъ какъ собственность на субстанцію все еще была опутана массой соціальныхъ связей, не допускавшихъ свободы оборота ея, какъ ленное отношеніе, право родственниковъ и т. д. Да и капиталовъ было еще мало для того, чтобы субстанція недвижимости могла быть часто отчуждаемой. Но все же, рядомъ съ Satzung, оперировавшей съ пользованіемъ недвижимости, на той же почвѣ Volksrecht выдвигается въ эту вторую эпоху и Proprietät, оперировавшій съ субстанціей недвижимости. Рядомъ съ Nutzungsrecht dominium utile обогащается новымъ правомочіемъ Veräusserungsrecht. Но и распоряженіе субстанціей недвижимости въ то время имѣло видъ типа и не получило еще для разныхъ самостоятельныхъ правовыхъ случаевъ распоряженія особыхъ и спеціальныхъ техническихъ-юридическихъ признаковъ. Поэтому, когда хотѣли привлечь самую субстанцію недвижимости къ служенію ея цѣли залога, тогда совершали такое же отчужденіе недвижимости, какое совершали въ случаѣ купли, datio in solutum и т. д. и лишь обставляли это отчужденіе соотвѣтствующимъ условіемъ: „si non solvero, res tua erit“ и совершали условную инвеституру. Пріобрѣтатель и тутъ имѣлъ Gewere. Сдѣлка и тутъ была наличной, „Baargeschäft“, „Zug um Zug“ и самостоятельной, рядомъ съ которой не существовало, да и не было мѣста никакому долговому отношенію, какъ ему нѣтъ мѣста при отчужденіи за наличныя деньги. Но это была уже организація реальнаго кредита, базировавшая не на пользованіи, а на субстанціи недвижимости. Въ противоположность Pfandsatzung, или просто Satzung, это былъ Proprietätspfand въ его старинномъ подвидѣ — Verfallpfund, т. е. условное отчужденіе, завершавшееся, въ случаѣ неуплаты въ срокъ капитала, переходомъ недвижимости въ окончательную собственность условнаго пріобрѣтателя, или кредитора. До наступленія же условія собственникомъ былъ отчуждатель, а пріобрѣтатель имѣлъ лишь jus ad rem, лишь простую Anwartschaft, подобно Eventualbelehnung. Вотъ почему въ чистомъ видѣ, отрѣшенномъ отъ Satzung, эта форма реальнаго кредита могла получиться только тамъ, гдѣ, съ одной стороны, актъ передачи собственности на недвижимость изъ конкретнаго сталъ абстрактнымъ, такъ что отчужденіе собственности было возможно безъ передачи самой недвижимости, но гдѣ, съ другой стороны, jus ad rem стало способнымъ къ Gewere, такъ что пріобрѣтатель, не имѣя непосредственнаго отношенія къ недвижимости, имѣлъ абсолютное, защищенное противъ 3-хъ лицъ право на недвижимость и не боялся отчужденія недвижимости со

стороны отчуждателя въ 3-и руки. Таковъ и есть англійскій Mortgage. На материкѣ Европы чистый видъ Proprietätspfand встрѣчается изрѣдка въ обычаяхъ странъ nantissement во Франціи, тоже конструируемый какъ условное отчужденіе.

Въ Германіи же намекъ на него мы встрѣчаемъ въ конструкціи Kauf auf Wiederkauf, которая, съ меньшимъ приближеніемъ къ истинѣ, чѣмъ англійскіе и французскіе источники, хочетъ выразить въ тѣхъ же римскихъ правовыхъ понятіяхъ тоже правовое явленіе, им. условное отчужденіе какъ форму реальнаго кредита. Но на материкѣ встрѣчается часто комбинація Proprietätspfand, въ указанной выше формѣ условнаго отчужденія, съ Pfandsatzung, причемъ, такая комбинація, гдѣ Satzung прекращается съ наступленіемъ условія, влекущаго превращеніе условнаго отчужденія въ окончательное отчужденіе. Эта комбинація двухъ разнородныхъ отношеній являлась не только на материкѣ, но и въ Англіи, до образованія тамъ Mortgage чистаго вида,—истинной необходимостью. Необходимой была комбинація разнородныхъ отношеній потому, что Gewere была тогда необходимымъ предположеніемъ правовой защиты отношенія къ недвижимости противъ 3-хъ лицъ, а Gewere имѣла тогда своимъ предположеніемъ фактическое пользованіе недвижимостью; отсюда, отчужденіе субстанціи недвижимости, когда оно совершалось еще не абстрактно, а конкретно, являлось въ то же время отчужденіемъ пользованія; съ того же времени, когда отчужденіе стало абстрактнымъ актомъ, получилась въ принципѣ возможность отдѣлять условное отчужденіе субстанціи отъ отчужденія пользованія, но получавшееся условнымъ пріобрѣтателемъ jus ad rem, безъ одновременнаго полученія пользованія, не давало Gewere и не защищалось противъ 3-хъ лицъ, такъ что и тутъ, ради защиты противъ 3-хъ лицъ, условный пріобрѣтатель нуждался въ одновременномъ пріобрѣтеніи пользованія, которое только и сопровождалось Gewere. Лишь съ тѣхъ поръ, какъ абстрактное отношеніе jus ad rem само по себѣ сопровождалось Gewere, сталъ возможенъ разрывъ комбинаціи и возникновеніе чистаго вида Proprietätspfand. На материкѣ, повторяемъ, послѣдній рѣдко и встрѣчается. Изъ сказаннаго ясно, что первый шагъ къ Verfallpfand въ области дѣйствія Volksrecht долженъ былъ быть совершенъ черезъ Nutzungspfand. Отсюда и оправдывается въ извѣстной мѣрѣ мнѣніе, что Eigenthumsverpfändung развилась изъ nutzbare Satzung. Англійскій Mortgage со временемъ превратился путемъ практики судовъ справедливости изъ Verfallpfand въ Verkaufspfand и сталъ настоящей, хотя и своеобразной, ипотекой, дѣйствующей и до сихъ поръ въ Англіи [1]).

Во Франціи Proprietätspfand издавна уступалъ чистой Satzung и рано встрѣтилъ сильнаго конкуррента себѣ въ Obligation (=neuere Satzung). Въ Германіи же, повидимому, дольше и распространеннѣе дѣйствовала комбинація, которая часто и принимается въ современной нѣмецкой литературѣ также за aeltere Satzung, какъ и чистая Satzung. Но и въ Германіи, со вре-

[1]) Мы еще встрѣтимся съ нею въ ученіи объ Актѣ Торренса.



менемъ, рядомъ со старыми формами выдвинулась новая, получившая невѣрное названіе neuere Satzung (=Obligation), къ которой намъ и предстоитъ теперь перейти.

Выше мы уже сказали, что со временемъ на ряду съ Volksrecht выступилъ новый источникъ правообразованія, Amtsrecht. Въ эпоху господства Amtsrecht недвижимость уже была менѣе связана соціальными узами, капиталовъ было больше и движеніе собственности на недвижимости живѣе. Къ этому времени земля стала доступной процессуальному нападенію по поводу иначе не полученнаго удовлетворенія по требованіямъ—и экзекуція на недвижимость развивалась. На почвѣ этого-то Amtsrecht и возникла совершенно новая и по существу отличная отъ выше очерченныхъ кредитная или залоговая организація, не точно названная въ Германіи neuere Satzung, а во Франціи—Obligation. Она имѣла общаго съ прежнимъ Proprietätspfand то, что она также базировала на субстанціи недвижимости и также, какъ тотъ подъ конецъ своего развитія, она съ самаго начала являлась Veräusserungspfand, т. е. завершалась отчужденіемъ. Но она была по существу отличной отъ старыхъ организацій. Именно, новая организація покоилась на Bann, въ то время, какъ старая—на формальномъ актѣ инвеституры (Auflassung); новая съ самаго начала не нуждалась въ Gewere и не давала Gewere, при ней все сводилось не къ правоотношенію къ вещи, а къ ограниченію воли собственника обремененной недвижимости. Запрещеніе отчужденія—вотъ юридическая сигнатура новой формы залога. Но это была связанность лица, а не связанность вещи. Никакого господства непосредственнаго ни фактическаго, ни юридическаго надъ вещью у кредитора не было. Идея вещной связанности вещи безъ всякаго внѣшняго, видимаго воплощенія не была извѣстна германскому правовоззрѣнію. Gerichtsbann, — этотъ корень экзекуціи недвижимости, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и корень новой организаціи залога. Экзекуція и neuere Satzung шли въ правообразованіи общимъ путемъ. Но право отчужденія не есть существенный признакъ новой организаціи, ибо оно принадлежало тогда всякому кредитору ipso jure Сущность ея выступаетъ въ мѣрахъ предупрежденія несостоятельности должника, именно въ запрещеніи отчужденія опредѣленныхъ предметовъ.

Какъ бы то ни было, но эта новая организація есть уже спеціально-кредитная, или—спеціально залоговая.

Къ сожалѣнію, этими общими намеками Франкену только и пришлось ограничиться въ замѣчаніяхъ о neuere Satzung, точнѣе neuere Proprietätspfand, или Veräusserungspfand. Претполагавшійся спеціальный очеркъ не состоялся.

Подводя итоги своей теоріи, Франкенъ намѣчаетъ такую схему залоговыхъ формъ средневѣковаго германскаго права. Прежде всего, мы имѣемъ дѣленіе формъ на двѣ главныя половины: I Nutzungs—или Satzungspfand и II Veräusserungs—или Proprietätspfand. Тамъ—кредитъ базируетъ на пользованіи, тутъ—на субстанціи недвижимости. Первая группа имѣетъ разновидности: 1) амортизаціонная Satzung, прекращающаяся, по правилу, возвра-

щеніемъ недвижимости собственнику и, въ свою очередь, подраздѣляющаяся на чисто амортизаціонную, гдѣ доходъ направляется всецѣло на погашеніе капитала—„Vifgage", „Todsate";—и на амортизаціонную, но связанную съ натуральнымъ % — „Antichrese"; 2) Zinssatzung, прекращающаяся путемъ выкупа только, „Mortgage" (противоположеніе нѣмецкой Totsate).

Вторая группа подраздѣляется: 1) на старую организацію Proprietätspfand, представляющую собою условную инвеституру, таковы: англійскій—Mortgage, французскій—Nantissement, нѣмецкій—Pfandschaft; эта старая организація имѣетъ подвидами: а) старѣйшую организацію—Verfallpfand и в) позднѣйшую организацію—Distractionspfand, и далѣе: а) такую, возникновеніе которой слѣдовало путемъ натуральной традиціи и в) такую, при которой традиція стала отвлеченной. 2) Новая организація Proprietätspfand, называемая Мейбомомъ: „Satzung als Anweisung von Executionsobjecten", по правилу возникающая безъ всякой традиціи и, по правилу же, цѣлящаяся на отчужденіе; во Франціи это—Obligation.

III. Наконецъ, комбинаціи I 1 и 2 съ II 1.

Теорія Франкена, способна объяснить многое въ самыхъ запутанныхъ вопросахъ ученія о средневѣковыхъ формахъ залога. А данная имъ схема устанавливаетъ преемственность между его теоріей и классификаціей и таковыми же—его предшественниковъ. Необходимо только помнить, что понятія aeltere и neuere Satzung, по утвержденію Франкена, не вскрываются этими выраженіями и что первое выраженіе иногда означаетъ простую организацію (Satzung), иногда же—и сложную (Satzung съ älteres Proprietätspfand).

Почему, въ конспективномъ очеркѣ, какимъ невольно является настоящій очеркъ, я лишь отмѣчаю внесенную Франкеномъ поправку въ ученіе о формахъ средневѣковаго залога и, въ цѣляхъ понятныхъ удобствъ, буду держаться обычной схемы, не забывая лишь ея истиннаго значенія.

§ 5. Aeltere Satzung.

I. 1. Aeltere Satzung, несомнѣнно, институтъ древній и всецѣло носитъ печать натуральнаго строя хозяйства и примитивнаго правовоззрѣнія. Это подтверждается всѣмъ строеніемъ ея. Она происходитъ, какъ утверждаютъ нѣкоторые [1]), изъ той глубокой древности, когда земля еще не была отчуждаема и когда собственникъ распоряжался только пользованіемъ земли, которое было основой и реальнаго кредита. Въ мою задачу, однако, не входитъ изслѣдованіе развитія института въ средніе вѣка, а лишь изображеніе его наканунѣ рецепціи римскаго права [2]). Сначала aeltere Satzung была об-

---

[1])Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter. Berlin 1879, Viollet, Précis de l'histoire du droit français. Paris 1886.

[2]) И здѣсь главнымъ источникомъ мнѣ будетъ служить тотъ же „Codicillus".—Для ознакомленія съ развитіемъ aeltere Satzung въ средніе вв. могу отослать читателя къ Meibom, Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867; Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalter Berlin 1879; Mascher, Das deutsche Grundbuch.—u. H.-Wesen. Berlin 1869, 49 стр.; конспектъ всего у Stobbe, II, 293 и слѣд. и друг.

щей и единственной формой реальнаго кредита. Позднѣе она удержалась, главнымъ образомъ, только въ провинціи. Въ городахъ же она была, по общему правилу, вытѣснена neuere Satzung.

2 Aeltere Satzung поля, по правилу, устанавливалась на 3 года, точнѣе, на 3 посѣва; залогъ огорода, сада, луга—до перваго сбора плодовъ [1]. Этотъ срокъ, какъ минимальный, связывалъ должника въ интересѣ кредитора [2]). Обычный минимальный трехлѣтній срокъ при трехпольномъ хозяйствѣ былъ какъ нельзя болѣе выгоднымъ для обѣихъ сторонъ. Кредиторъ могъ въ такой періодъ извлечь для себя вполнѣ достаточную выгоду въ вознагражденіе за лишеніе капитала [3]). А должникъ въ полномъ хозяйственномъ оборотѣ могъ достаточнымъ образомъ использовать кредитъ, если онъ употребленъ на производительныя цѣли, и легче могъ скопить платежную сумму, если кредитъ былъ потребительный. Вотъ почему трехлѣтній срокъ не только былъ законнымъ minimum и примѣнимымъ всюду, гдѣ стороны открыто не установили иного срока по договору, но, обыкновенно, и въ договорахъ устанавливался онъ же [4]). Максимальнаго предѣла срокамъ законъ не ставитъ, такъ что отношеніе могло затянуться на долгое время, разъ только должникъ не пользуется по истеченіи 3-хъ лѣтъ принадлежащимъ исключительно ему правомъ востребованія [5]). По договору сроки устанавливались, конечно, произвольные. Впрочемъ, и обычный минимальный трехлѣтній срокъ встрѣчается не во всѣхъ правахъ. Можно думать, что въ нѣкоторыхъ правахъ онъ уступилъ договорному сроку, болѣе гибкому и болѣе подходящему къ условіямъ городской жизни, гдѣ трехпольное хозяйство играло меньшую роль въ экономическомъ оборотѣ. По крайней мѣрѣ, нѣкоторыя городскія права знаютъ востребованія по полугодіямъ и даже четвертямъ года [6]).

3. Сущность правоотношенія aeltere Satzung состоитъ, въ общемъ, въ томъ, что установитель Satzung получаетъ напередъ извѣстную сумму денегъ,

---

[1]) Сообщеніе изъ Parchim, Westphalen, I, 2053; Sternberg. erd. I, 2063; Grabau, I, 2079, „Ausgesetzte und verpfändete Aecker sollen vor Lichtmessen, die Wiesen aber vor Philiphi Jacobi, eingelöset werden". Такая тѣсная связь института съ трехпольной системой сельскаго хозяйства!

[2]) Parchim, I, 2053: „... kann der Verpfaender in dreyen Jahren... den Acker nicht wieder bekommen, sondern muss dem Pfänder denselben drey Sath gebrauchen lassen, nach Verfliessung dreyer Jahre mag der Verpfaender seinen Pfand-Schilling wieder erlegen, und seinen Acker zu sich nehmen"...; также Sternberg, I, 2063.

[3]) Иногда эта выгода была, дѣйствительно, солидная: „Wegen Verpfaendung der liegenden Güther haben wir grossen Verdries, sonderlich mit den Bauern, dieselben, wenn sie einen armen Bürger in seiner Noth vor zwei, drey, fünf oder zehn Gulden leihen, wollen sie keine gebührliche Zinsen davor nehmen, sondern er muss ihnen so viel Acker dafür einthuen zu gebrauchen, davon sie zur ersten Sath mehr als ihr ausgeliehen Geld wieder bekommen können: durch solch unbillig Aussangen werden auch unsere arme Bürger so herunter beraubet werden..." (Teteraw, I, 2093).

[4]) Sternberg, I, 2063.

[5]) Brühl: „Der Pantner das Unterpfand so lange vor sein ausgeliehen Geld gebrauchet, bis er seines Pfandschillings wiederumb befriediget ist".

[6]) Friedland, I, 2075.

а пріобрѣтатель Satzung—получаетъ иногда временное пользованіе недвижимостью, иногда же, сверхъ того, еще условное право собственности на самую субстанцію недвижимости. Развитія заслуживаетъ, конечно, отношеніе къ недвижимости.

а) Кредиторъ получаетъ заложенное имѣнье въ пользованіе [1]). При этомъ пользованіи кредиторъ нерѣдко имѣлъ широкія полномочія [2]). Онъ могъ вести улучшенную систему хозяйства [3]). И едва-ли онъ могъ быть учтенъ въ хищническомъ веденіи хозяйства [4]).

Иногда кредиторъ обращалъ весь доходъ съ имѣнья на мѣсто однихъ только % съ капитала, имъ ссуженнаго, не взирая на соотношеніе размѣра капитала и размѣра доходовъ съ имѣнья [5]). Тогда залогъ называли Pfandschaft (въ противоположность Todtpfand, Todsate, амортизаціонному, при которомъ имѣнье было способно погасить лежащее на немъ бремя изъ своихъ продуктивныхъ силъ) [6]). Этотъ видъ залога былъ особенно распространенъ въ глубокую старину. Позднѣе онъ преслѣдовался, особенно церковной властью, и карался какъ преступленіе. Но и въ эпоху преслѣдованія онъ, очевидно, все же практиковался, хотя, можетъ быть, и рѣже, чѣмъ прежде [7]).

Иногда же весь доходъ поступаетъ въ видѣ % съ капитала лишь при томъ условіи, что ссуда равна цѣнѣ заложеннаго имѣнья [8]). Конечно, это уже смягченіе суровыхъ отношеній перваго типа. Но это все еще Pfandschaft.

Иногда кредиторъ получаетъ точно опредѣленный %, но все же онъ

---

[1]) „Bleibt das verpfaendete Guth mit allen darauff liegenden Bürden, und nieslichen Gebrauch den Pfandhaber“, Woldeck, I, 2072 и друг.; „to bruckliken pande“, Stobbe, II 298. См. также выше, цитату объ эксплоатаціи бюргеровъ въ Teteraw.

[2]) Mascher, 50 и слѣд.

[3]) Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalt. Berlin 1879, особенно § 13.

[4]) По крайней мѣрѣ Polizei-Ordnung 1516 г. (Bärensprungsche Sammlung Meckl Landesgesetze, IV, 14), запрещая установленіе aeltere Satzung безъ разрѣшенія власти мотивируетъ свою мѣру тѣмъ, что „dardorch (т. е. отъ уступки имѣній на правѣ aeltere Satzung) solche Güder merglich geschwecket, und undertyden entlick vörwöstet werden“.

[5]) См. выше объ эксплоатаціи бюргеровъ въ Teteraw. Ср. также Mascher, 50 и слѣд.; Stobbe, II, 300 и слѣд. Особенно же у Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalt. рядъ главъ, и Meibom, das Deutsche Pfr. главу объ aeltere Satzung.

[6]) Franken, § 8.

[7]) Сообщеніе изъ Мекл. городовъ, говоря о предоставленіи кредитору пользованія, нерѣдко умалчиваютъ о томъ, на что идетъ пользованіе, но открыто провозглашаютъ начало, что имѣніе остается у кредиторовъ до выплаты долга. Woldeck, I, 2072: „bleibt das verpfaendete Guth mit allen darauf liegenden Bürden, und nieslichen Gebrauch den Pfandthaber, bis ihme die Schuld, darumb es ihm eingesetzt worden, wiederumb bezahlet“; Plau, I, 2096: кратко и категорически заявляетъ: „одна сторона пользуется деньгами, другая вещью“. Изъ вышеприведенной цитаты объ эксплоатаціи бюргеровъ въ Teteraw не видно, чтобы эта эксплоатація третировалась какъ запрещенное дѣяніе, скорѣе же напротивъ.

[8]) Wann aber der Ausleiher keine Zinse für sein Geld nimbt, sondern den Acker dafür im Gebrauch hat, muss er auch so viel Geldes darein thuen, als der Acker kan verkauft werden“ (Teteraw, I, 2093). Это начало, кажется, проводилось церковью. Franken, § 13.

держитъ имѣнье въ своемъ пользованіи [1]). Въ этомъ случаѣ открывалось широкое поле договорнымъ отношеніямъ. Договоръ долженъ былъ опредѣлить высоту %, способъ покрытія % изъ дохода имѣнья, случаи, когда дохода почему либо недостаточно на покрытіе %, а особенно случаи, когда доходъ превышаетъ %. Излишекъ могъ выплачиваться должнику; или онъ могъ быть употребленъ на погашеніе требованія. Излишекъ могъ третироваться неодинаково въ зависимости отъ того, полученъ ли онъ отъ обыкновенной хозяйственной дѣятельности, или отъ особыхъ индивидуальныхъ заботъ и дарованій кредитора и т. д. Въ этихъ случаяхъ было уже больше элемента Todtpfand. Однако, и тутъ на дѣлѣ было крайне трудно добиться безобиднаго для сторонъ отношенія. Слишкомъ деликатенъ вопросъ объ объективномъ доходѣ, о зачетѣ его въ %, объ употребленіи остатка на ту или другую цѣль. Чтобы оцѣнить продуктъ, вездѣ тутъ надо было прибѣгать или къ легкой, но грубой мѣрѣ разъ навсегда установленной таксаціи или къ хлопотливой мѣрѣ ad hoc наряжаемой экспертизы черезъ посредство совѣстныхъ и свѣдущихъ лицъ и т. п. Въ концѣ концовъ добиться «амортизаціоннаго залога» недвижимости было почти невозможно [2]). Потому aeltere Satzung является формой, крайне благопріятствующей хищническому ростовщичеству. Власть недаромъ заботилась о томъ, чтобы къ этому иституту граждане не обращались «ane alle Noturfft» [3]). Уже по этому одному, она должна была бы уступить со временемъ мѣсто болѣе тонкой организаціи neuere Satzung или Rentenkauf вездѣ тамъ, гдѣ это становилось возможнымъ благодаря укрѣпленію правового порядка и росту капиталовъ.

4. Но, кромѣ полнаго и безконтрольнаго хозяйствованія, кредиторъ получалъ при aeltere Satzung такое же полное юридическое господство на заложенное имѣнье. Именно, онъ получалъ rechte Gewere [4]). Во внѣшнихъ отношеніяхъ къ 3-мъ лицамъ онъ за все время кредитнаго отношенія выступалъ какъ наиболѣе близкій къ недвижимости субъектъ, и право его пользовалось абсолютной защитой [5]). Въ отношеніи къ должнику онъ былъ прежде всего связанъ личной обязанностью вернуть имѣнье по удовлетвореніи [6]).

---

[1]) Teteraw, I, 2093; жалуясь на лихоимство, сообщеніе замѣчаетъ: „wollen sie (лихоимцы) keine gebührliche Zinsen davor nehmen... Sonsten wenn unsere Bürger einer der andern ein Stück Ackers verpfändet und Geld darin thut, so geschiehet die Verpfändung auf etzliche Jahre, ...also wann die gemachte Jahrschaaren verflossen, dass alsdann der jenige, dem der Acker verpfändet, gegen Empfangung seines Pfandschillings den Acker abzutreten schuldig, wann aber der Ausleiher keine Zinse für sein Geld nimbt, sondern den Acker dafür im Gebrauch hat, muss er.. “.

[2]) Блестящее развитіе этой идеи см. у Franken, das franz. Pfr. im Mittelalt. § 13 и др.

[3]) Poliz-Og. 1516 г., цит. выше.

[4]) Stobbe. II, 299, Mascher, 50, Meibom, Das d. Pfr. 341. Особенно Franken, стр. 5 и 6, § 7. Brunner, Die Entstehung der Schwurgerichte, 169 стр.: „Der Bezug der Früchte ist das durchschlagende Beweismoment für die Gewere am Gut“...

[5]) Mascher. 50 стр.—Brunner, Geschichte u. Qu. des d. R. въ Holtz. Encycl. III Aufl. 204 стр. „Германская система правоотношеній была больше системой жизненныхъ отношеній, чѣмъ отвлеченно-юридическихъ,—экономической системой“.

[6]) Eod. Также Meibom, 377.

Но, сверхъ того, у должника все это время оставалось и отвлеченное право собственности на недвижимость; у него только не оставалось на вещь никакой Gewere и потому, кажется, никакой абсолютной защиты противъ 3-хъ лицъ [1]). Близость кредитора къ недвижимости, данная съ Gewere, была такъ значительна, что тамъ, гдѣ чистая Satzung комбинировалась съ условнымъ отчужденіемъ субстанціи недвижимости и гдѣ стороны устанавливали точный срокъ для размѣна капитала и пользованія недвижимостью,—съ пропущеніемъ должникомъ срока уплаты долга, кредиторъ становился прямо собственникомъ, безъ какихъ-либо новыхъ юридическихъ дѣйствій съ чьей-либо стороны [2]). Вотъ почему отношеніе при aeltere Satzung и третируется въ источникахъ то какъ обмѣнъ имѣнья за капиталъ [3]), то какъ купля имѣнья съ правомъ выкупа его должникомъ [4]); стороны называются продавцомъ и покупателемъ [5]); долгъ—Pfandschilling [6]).

Вотъ почему и въ литературѣ мы встрѣчаемъ конструкцію aeltere Satzung какъ Kauf auf Wiederkauf, продажу съ правомъ выкупа [7]). Однако, въ очерченномъ правоотношеніи не трудно угадать развитую Франкеномъ комбинацію чистой Satzung со старѣйшей формой Proprietätspfand, именно, Verfallpfand [8]), ибо, съ одной стороны, только вмѣстѣ обѣ правовыя фигуры давали кредитору столь широкія полномочія во время существованія кредитнаго отношенія и только при наличности обѣихъ, отношеніе завершалось поступленіемъ недвижимости въ окончательную собственность кредитора; а, съ другой, только при нихъ должникъ могъ до времени сохранить собственность на заложенную вещь.

5. Возникала aeltere Satzung путемъ Auflassung, по крайней мѣрѣ, по

---

[1]) Mascher, 50, вслѣдъ за Альбрехтомъ, приписываетъ Proprietäts-Gewere дожнику рядомъ съ Pfand-Gewere кредитора. Но Meibom, 353 и Franken, стр. 5, 6 и § 7 убѣдительно отвергаютъ это дробленіе Gewere,

[2]) Mascher, 50. Эта точка зрѣнія ясно высказывается и въ Beheimische verneuerte Landes-Ordnung v. 10 Mai 1627, им. въ арт. K XXIX въ связи съ арт. XXXIII—XXXV. Art. K XXIX: (Von Verschreib-und Verpfändung der Erbgüter) „Im Fall einer jemanden sein Erbgut mit der Land-Tafel, jetzt oder ins künfftig versetzte vnd verschriebe, Dabey aber jhme den Widerkauff vnd die Ablösung, innerhalb bestimbter Zeit vorbehalten hette“... А въ artt. XXXIII—XXXV устанавливается, что если должникъ своевременно не выкупитъ имѣнья, онъ утрачиваетъ право выкупа, а при извѣстныхъ условіяхъ это право гаснетъ за давностью 3-хъ лѣтъ 18 нед. Этимъ и завершается все. Кредиторъ—полный собственникъ.

[3]) Plan, I, 2097.

[4]) См. цитату изъ Beheim. LOg.

[5]) Pfand-Kauffer. Pfand-Verkäuffer (Neu-Brandenburg I, 2056).

[6]) Teteraw, I, 2092.

[7]) Mascher, 50; Viollet, Précis d'Histoire du droit français, 733 и др., особенно же въ старой нѣмецкой литературѣ до Альбрехта. Того же взгляда держится, съ извѣстной оговоркой, и Мейбомъ. Именно, Мейбомъ относитъ Kauf auf Wiederkauf не къ субстанціи, а къ пользованію недвижимости; переходъ же субстанціи въ собственность кредитора Мейбомъ производитъ изъ особаго договора,—lex commissoria.

[8]) См. общія замѣчанія. У Franken эта идея проходитъ черезъ весь его трудъ.

общему правилу [1]). Auflassung сопровождалась тутъ тѣми же мѣропріятіями, какъ въ случаѣ пріобрѣтенія собственности [2]), и тѣми же послѣдствіями [3]). По нѣкоторымъ правамъ, aeltere Satzung возникала съ записью въ судебныя книги [4]). Иногда же она возникала, повидимому, даже по частной письменной сдѣлкѣ [5]).

6. Прекращалась aeltere Satzung прежде всего съ обоюднымъ возстановленіемъ капитала и имущества. Востребованіе составляло исключительное право должника [6]). По общему правилу онъ былъ воленъ избрать моментъ погашенія отношенія, насколько право не ставило тутъ точныхъ границъ. Отношеніе не измѣнялось и установленіемъ срока въ видѣ dies a quo. Но опредѣленіе срока въ видѣ „dies ad quem", имѣвшее мѣсто при комбинаціи чистой Satzung съ Verfallpfang, измѣняло отношеніе. Пропущеніе такого срока влекло утрату права выкупа. И кредиторъ ipso jure становился собственникомъ недвижимости [7]). О правѣ кредитора на востребованіе и въ случаѣ «dies ad quem» ничего не говорится въ источникахъ; ему не принадлежало права на принудительное возвращеніе капитала [8]). Кредиторъ долженъ былъ довольствоваться тѣмъ, что онъ имѣетъ. Todsatе прекращалась путемъ возврата вещи должнику, за покрытіемъ капитала изъ доходовъ имѣнья. [9]).

7. Изъ сказаннаго, ясно, что на одну вещь не могло быть болѣе одной aeltere Satzung.

8. Satzung чистаго вида была обмѣномъ капитала на пользованіе, а комбинируемое съ нею отношеніе Verpfallpfand было условнымъ отчужденіемъ недвижимости; отсюда, не только не было мѣста при aeltere Satzung какому-либо долговому отношенію, но aeltere Satzung не была вовсе спеціально кредитной правовой организаціей; она служила дѣлу кредита лишь косвенно и между прочимъ [10]).

---

[1]) Woldeck 2072; Gustraw, I, 2060; Ribbenitz, I, 3064 и др. Ср. Stobbe, II, 304. Meibom, 319, Franken, § 11 и 12.

[2]) Сдѣлка также сначала предлагалась родственникамъ, Marlaw, I, 2083; власть также изслѣдовала сущность сдѣлки и притязанія 3-хъ интерессентовъ, v. Gustraw, I, 2060; ср. еще сообщенія изъ Woldeck, I, 2072, Ribbenitz, I, 2064 и др. ср. Meibom, 319 и др.

[3]) Parchim, I, 2053, Neu-Brandenburg, I, 2056; Woldeck I, 2072; Wittenburg, I, 2088 и др.

[4]) Особенно въ позднѣйшую эпоху. См. сообщенія изъ Parchim, Neu-Brandenburg, Brühl, Wittenburg и др. Запись была тутъ еще болѣе обстоятельной, по существу отношеній. Neu-Brandenburg (договоръ) mit allen sein'n Umständen, in Gegenwart des Raths in derselben Memorialbuch durch den Stadtschreiber verzeichnet, und eingeschrieben werden". Мотивъ „umb verhütung willen, Betrug und anderer Unrichtigkeit" (Parchim, 2052). Запись въ книгу по нѣкоторымъ правамъ имѣла значеніе Auflassung.

[5]) Частныя сдѣлки, конечно, не давали отношенію абсолютнаго обезпеченія. Meibom, 324.

[6]) На это указываетъ: 1) выраженіе „выкупъ" (см. выше), 2) обычная формулировка права кредитора „пользуется имѣньемъ до выплаты долга" (Woldeck, Friedland, Teteraw), ср. также Mascher, 50. Meibom, 398 и слѣд., Franken, § 10 и др.

[7]) Beheim. vernew. LOg. K XXXIII—XXXV. Также Meibom, 401, Franken, § 11.

[8]) Eod. См. также Mascher, 50.

[9]) Meibom, 398, Franken, § 10.

[10]) Franken, особ. § 15. Этотъ выводъ вытекаетъ и изъ всего ученія Meibom о Satzung als Tauschgeschäft-Kacco признаетъ наличность неискомаго долговаго отношенія при организаціи aeltere Satzung. Этотъ взглядъ не отвѣчаетъ существу института.

§ 6. Neuere Satzung.

1. Neuere Satzung представляетъ форму залога болѣе поздняго происхожденія и носящую черты болѣе развитаго экономическаго оборота и болѣе тонкаго и развитаго правоваго мышленія и общаго культурнаго состоянія народовъ. И дѣйствительно, сомнѣнію не подлежитъ, что она возникла позднѣе [1]). Отсюда она правильно называется «новѣйшей». Одно время думали, что она представляетъ вырожденіе aeltere Satzung, за что и дали ей названіе «Satzung». Однако, благодаря новѣйшимъ изслѣдованіямъ, установлено, что это не совсѣмъ вѣрно [2]). Институтъ neuere Satzung, какъ мы уже видѣли, лишь въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ могъ быть подсказанъ организаціей aeltere Satzung, точнѣе организаціей стараго Proprietätspfand въ его позднѣйшей формѣ Veräusserungspfand. Но въ общемъ и цѣломъ neuere Satzung возникла самостоятельно и независимо отъ aeltere Satzung. Послѣдняя могла служить возникновенію neuere Satzung и отрицательно, им. своими разнообразными неудобствами для возникающаго болѣе развитаго оборота городовъ, такъ какъ 1) она чрезмѣрно поражала право собственности, что, позднѣе, оказалось вовсе не такъ нужнымъ для обезпеченія кредита; 2) она вредила успѣшному и правильному хозяйству, даже влекла опустошеніе имѣній, такъ какъ кредиторъ, временный пользователь, имѣлъ мало интереса щадить производительныя силы имѣнья; 3) въ городахъ она была связана и съ тѣмъ еще неудобствомъ, что уступка недвижимости въ пользованіе кредитора, въ данномъ случаѣ дома, влекла такія лишенія должника, которыя не отвѣчали выгодамъ кредитора; первый лишался жилища, въ которомъ второй не нуждался... Но другой вопросъ—возникла-ли neuere Satzung самостоятельно на германской почвѣ или она навѣяна римскимъ правомъ, хотя бы и задолго до общей его рецепціи. Мнѣнія ученыхъ расходятся по этому вопросу. Нѣмецкіе ученые больше склонны видѣть самостоятельное возникновеніе (Stobbe, Meibom, Franken и др.), французскіе же ученые стоятъ хотя и за самостоятельное происхожденіе (Esmeine), но все же не безъ римскаго вліянія (Esmeine, Viollet, Lecesne и др.). Добиться истины въ этомъ вопросѣ крайне трудно, въ виду того, что римскія правовыя идеи проникали въ воззрѣніе новыхъ народовъ слишкомъ съ ранняго времени. Несомнѣнно то, что если тутъ и было римское вліяніе, то оно было крайне слабое, и neuere Satzung была организована до эпохи дѣйствительнаго римскаго вліянія очень самобытно и мало походила на римскую ипотеку [3]).

Распространеніе свое neuere Satzung получила больше всего въ городахъ, для которыхъ она была болѣе подходящей въ виду и болѣе развитаго

---

[1]) См. Franken, введеніе и § 15, Meibom, стр. 407.

[2]) Franken, § 15; „между ними—существенное различіе: одна поражаетъ субстанцію, другая—пользованіе недвижимости.

[3]) Процессъ возникновенія neuere Satzung прекрасно освѣщенъ у Esmaine, Traité sur les contrats dans le très ancien droit français; Meibom, Das deutsche Pfandrecht, отчасти Kohler, Pfandrechtliche Forschungen; кое-что у Mascher, цит. соч.; кое-что у Sohm въ Grünhuts Zeitschrift и др.

общаго культурнаго состоянія ихъ, и болѣе окрѣпшаго правового строя ихъ и большаго запаса капиталовъ въ нихъ и, наконецъ, въ виду особыхъ экономическихъ свойствъ городскихъ недвижимостей.

2. Недвижимость остается въ хозяйствѣ собственника. Собственникъ сохраняетъ и юридическое господство надъ имѣньемъ, Gewere. Кредиторъ, по системѣ вещнаго права среднихъ вв., не пользуясь имѣньемъ, не получаетъ и Gewere; а, не получая Gewere, не получалъ на заложенное имѣнье и абсолютнаго, защищеннаго противъ 3-хъ лицъ, вещнаго права, признакомъ котораго въ то время, по общему правилу, была Gewere [1]). Кредиторъ получалъ по договору въ цѣляхъ обезпеченія удовлетворенія по своему требованію лишь такое право на имѣніе, какое онъ получилъ-бы тогда, когда на это имѣніе было-бы направлено взысканіе въ порядкѣ экзекуціоннаго процессизводства; при neuere Satzung стороны заранѣе и по договору устанавливали «состояніе экзекуціоннаго производства» [2]); это право дѣйствовало, по своему, и противъ 3-хъ лицъ, но это было дѣйствіе не вещнаго права, а процессуальной мѣры запрещенія должнику распоряжаться данной недвижимостью въ ущербъ кредитору. Neuere Satzung можно признать уже специфически залоговой или специфически кредитной организаціей; она и возникала ради обезпеченія личнаго долговаго отношенія; но отношеніе ея къ личному требованію было инымъ, чѣмъ при римскомъ залогѣ, именно, это отношеніе было такъ же мало акцессорнымъ, какъ экзекуціонное состояніе, возникшее при осуществленіи личнаго требованія не есть акцессорій послѣдняго. Neuere S. была перципированнымъ экзекуціоннымъ состояніемъ по осуществленію обезпечиваемаго ею требованія.

3. Возникала neuere Satzung, обыкновенно, актомъ въ судѣ или совѣтѣ и записью въ городскую или судебную книгу; когда книги спеціализировались, она заносилась въ книгу залоговъ [3]). Кредиторъ получалъ о томъ свидѣтельство [4]). Auflassung не имѣла мѣста при возникновеніи neuere Satzung [5]). Иногда же neuere Satzung возникала и по частному соглашенію; но это было уже не такъ надежно [6]).

---

[1]) Meibom, Das d. Pfr. 432; Franken, введеніе, § 7 и 15; Brunner, цитаты на 22 стр. прим. 4 и 5. Кассо утверждаетъ, что Gewere и абсолютное право принадлежали кредитору въ neuere S. Но источникъ, на который онъ ссылается, сомнителенъ. Стр. 79 прим. 1.

[2]) Meibom, цит. соч. 402 и слѣд., 432, 34. Franken, введеніе, § 7 и 15. Esmaine, цит. трудъ. Различіе взглядовъ всѣхъ этихъ писателей на neuere S. заключается развѣ въ томъ, что Esmaine усматриваетъ въ договорномъ установленіи состоянія экзекуціи самое зарожденіе экзекуціи на недвижимости, тогда какъ Meibom и Franken признаютъ, что экзекуція могла совершиться и безъ особаго соглашенія о томъ старомъ, соглашеніе же направлялось на то, чтобы предупредить растрату должникомъ своихъ вещей и обезпечить вѣрнѣе осуществленіе требованія, такъ что корень neuere S. не въ правѣ экзекуціи, а въ запрещеніи, цѣлящемся обезпечить матеріальный успѣхъ экзекуціи.

[3]) Stobbe II, 306. Meibom, 415 и слѣд.

[4]) Eod.

[5]) Eod. Это опять косвенное доказательство того, что neuere Satzung не была вещнымъ правомъ. Meibom, 415.

[6]) Stobbe, eod. Meibom, 415 и слѣд.

4. Правоотношеніе neuere Satzung всецѣло подтверждаетъ данную выше конструкцію института. Кредиторъ имѣлъ право направить на заложенный предметъ взысканіе въ случаѣ неполученія отъ должника удовлетворенія по требованію, обезпеченному заложеннымъ предметомъ [1]). Такъ какъ это право кредитора было ничѣмъ инымъ, какъ правомъ на продолженіе экзекуціи, заранѣе открытой, то кредиторъ былъ связанъ своимъ выборомъ предмета экзекуціи. Онъ не имѣлъ выбора между осуществленіемъ своего права на опредѣленный договоромъ о neuere Satzung предметъ и другими предметами изъ имущества должника. Онъ не только имѣлъ право, но и былъ обязанъ направить взысканіе прежде всего на предметъ залога; и лишь настолько, насколько онъ не получалъ удовлетворенія этимъ путемъ,— онъ могъ осуществить свое требованіе путемъ направленія взысканія на прочее имущество должника. Таково было, повидимому, правило. Нѣкоторыя же права и вовсе ограничивали отвѣтственность должника передъ кредиторомъ однимъ только избраннымъ заранѣе предметомъ залога. Эта преимущественная или даже исключительная отвѣтственность передъ кредиторомъ предмета залога является особенностью германскаго залога сравнительно съ римскимъ залогомъ, при которомъ отвѣтственность заложеннымъ предметомъ была всегда только субсидіарной [2]). Чтобы обезпечить кредитору успѣхъ въ осуществленіи избраннаго имъ обезпеченія должнику запрещалось совершать такія распоряженія недвижимостью, которыя грозили кредитору ущербомъ,— особенно же — отчужденіе и новые залоги. [3]). Но если, тѣмъ не менѣе, должникъ отчуждалъ недвижимость, отчужденіе не признавалось ничтожнымъ, только кредиторъ могъ требовать отмѣны отчужденія втеченіе Jahr und Tag. По истеченіи же этого срока новый собственникъ былъ обезпеченъ отъ всякихъ нападеній со стороны залоговаго кредитора въ силу пріобрѣтаемой имъ rechte Gewehre [4]).

Послѣдующіе залоги, установленные вопреки запрещенію, также не были ничтожными, только осуществленіе ихъ не должно было вредить старѣйшему залогу [5]). Позднѣе и вовсе стали допускать послѣдующіе залоги [6]), вмѣняя должнику въ обязанность сообщать послѣдующему кредитору о существующихъ уже залогахъ [7]).

При конкурренціи, по общему правилу, старшее правоотношеніе предпо-

---

1) Stobbe, II, 305. Meibom, § 8.

2) Stobbe, II, 305. Особенно Meibom, § 8.—Кассо, однако, выдаетъ за правило тѣ права, по которымъ кредиторъ, принимая залоговое обезпеченіе, утрачивалъ искъ изъ личнаго требованія.

3) Stobbe, eod.—Franken 6, 7 и § 15 и Meibom. § 8, видѣли въ этомъ юридическую сигнатуру n. S.

4) Stobbe, eod. Meibom утверждаетъ, что кредиторъ въ такомъ случаѣ могъ осуществить свое право и противъ 3-го лица, такъ какъ въ отношеніи его отчужденіе не имѣло дѣйствія, какъ неправильное § 8.

5) Meibom, § 8, 9.

6) Stobbe, II, 307, 8. Meibom, § 8, 9.

7) Stobbe, II, 307, 308.

читалось младшему [1]). Но, по нѣкоторымъ правамъ, преимущество принадлежало тому кредитору, который раньше вчиналъ искъ и приступалъ къ экзекуціи, не встрѣчая возраженій со стороны старшихъ кредиторовъ [2]).

Издавна были извѣстны и генеральныя ипотеки [3]). Законныхъ ипотекъ германское право вообще не знало [4]).

5. *Осуществленіе залога* совершалось въ порядкѣ исполнительнаго судебнаго производства. Судъ троекратно публиковалъ объ экзекуціи. И затѣмъ, по большинству правъ, слѣдовала продажа; но должнику иногда предоставляется право выкупа имѣнья. По нѣкоторымъ правамъ, кредиторъ могъ дальше заложить имѣнье и только въ случаѣ, когда не найдется лица, желающаго ссудить перваго кредитора подъ залогъ недвижимости, слѣдовала продажа послѣдней. Иногда же имѣнье прямо присуждалось въ собственность кредитора [5]). Иногда стороны имѣли право договариваться о томъ, чтобы, въ случаѣ просрочки, кредиторъ могъ отчудить залогъ безъ всякихъ формальностей [6]).

Полученный, за удовлетвореніемъ кредитора, остатокъ цѣны имѣнья идетъ должнику [7]).

6. *Особыя организаціи, возникшія около neuere Satzung въ нѣкоторыхъ герм. городахъ.* Въ нѣкоторыхъ городахъ около neuere Satzung возникли интересныя организаціи, напр., въ Аугсбургѣ. Именно, въ Аугсбургѣ развился обычай выдачи кредитору, при залогѣ недвижимости, Kauf-Brief, какъ символа вещи. Такой кредиторъ, по мѣстному обычаю, имѣлъ преимущества передъ всѣми прочими, даже старѣйшими; позднѣе институтъ развился до того, что и при вторыхъ и 3-хъ ипотекахъ выдавались кредиторамъ аналогичные документы съ Kauf-Brief, носившіе названіе Uebertheuerung. И эти кредиторы, уступая кредиторамъ старѣйшимъ, обладавшимъ Kauf-Brief или Uebertheuerung, тѣмъ не менѣе шли впередъ прочихъ ипотечныхъ кредиторовъ, не получившихъ Kauf-Brief или Uebertheuerung. Получилась своеобразная система строгаго пріоритета. Ипотеки такого рода назывались Handvesten и о нихъ велась особая книга въ Stadt-Kanzlei. Въ каждый Brief вносились свѣдѣнія, обременено ли имѣнье ипотекой и въ какой суммѣ. Такъ образовалась смѣлая и образцовая ипотечная система. Но римское вліяніе убило ее. Въ 1718 г. Rathsdekret, увлеченный романистическими теоріями, повелѣваетъ,—„по точному разуму juris communis, особ. l. 6, 7 C. qui pot., впредь въ конкурсѣ предпочитается creditor, so tempore prior, будетъ ли на его сторонѣ генеральная, спеціальная ипотека или Handveste, будетъ ли молчаливая или открытая ипотека“; и система пала [8]).

---

[1]) Eod.

[2]) Meibom, 454.

[3]) Stobbe, II, 313.

[4]) Stobbe, II. 307, 308.

[5]) Stobbe, II, 311.

[6]) Eod.

[7]) Stobbe, II, 312, Meibom, 424.

[8]) Verhandlungen der zweyten Kammer der Ständeversammlung v. Bayern. 1819. Bd XIII стр. 335 и слѣд.

§ 7. Rentenkauf.

1. Происхожденіе этой формы реальнаго кредита объясняютъ тѣмъ, что %-ный заемъ и aeltere Satzung преслѣдовались церковной властью за ихъ ростовщическій характеръ, тогда какъ neuere Satzung или еще вовсе не появлялась, или же имѣла примѣненіе только въ городахъ [1]). Рента, подъ личиной купли, скрывала %-ный заемъ. Впрочемъ, рента и безъ того имѣла почву въ условіяхъ средневѣковаго оборота и могла успѣшно дѣйствовать при дозволеніи %-ныхъ займовъ, такъ какъ она, давая кредитору равную по энергіи съ aeltere Satzung обезпеченность, имѣла для должника удобства, равныя съ neuere Satzung [2]). Нѣкоторые усматриваютъ въ рентѣ переходную форму отъ aeltere Satzung къ neuere Satzung [3]). Рентный долгъ, по утвержденію нѣкоторыхъ, началъ свое распространеніе въ деревнѣ, но потомъ пользовался неменьшимъ успѣхомъ и въ городѣ [4]).

2. Сущность рентнаго долга заключалась въ слѣдующемъ: землевладѣлецъ, ищущій капитала, добывалъ его тѣмъ, что продавалъ кредитору ренту съ своего имѣнія. Землевладѣлецъ обязывался платить капиталисту, въ вознагражденіе за лишеніе капитала, извѣстную ренту въ опредѣленные сроки. Но рента не была личнымъ долгомъ землевладѣльца; это было реальное бремя, возложенное на опредѣленную недвижимость, капиталистъ имѣлъ Renten-Gewere,—это внѣшнее выраженіе вещнаго правоотношенія. Рента была національной германской правовой организаціей, гдѣ вещное право, ius in re aliena, направлялось не на воздержаніе собственника вещи, а на положительное дѣйствіе съ его стороны.

Ренты были вѣчныя, Ewiggeld, и временныя [5]).

3. Возникала рента, подобно всѣмъ вещнымъ правамъ, путемъ Auflassung и записи въ книгу, а со введеніемъ спеціализаціи книгъ—въ книгу долговъ и рентъ. Кредиторъ получалъ рентное свидѣтельство [6]).

4. Правоотношеніе: а) кредиторъ имѣлъ Gewere на недвижимость, обремененную рентой. Это было Gewere не собственника, а рентнаго управомоченнаго [7]). Кредиторъ имѣлъ право на полученіе ренты. Это право характеризуется суровыми чертами. Если рента не уплачивается своевременно, кредиторъ въ правѣ на двойную уплату. При упорствѣ же должника, управомоченный можетъ добиваться присужденія себѣ въ собственность самаго участка. И тогда не принимается въ соображеніе и цѣна участка, такъ что должникъ не получаетъ и той доли изъ цѣны имѣнья, которая превышаетъ

---

1) Mascher, гл. 3.

2) Stobbe 1897 v. Lehmann, II a, 92.

3) Mascher гл. 3. Связь neuere Satzung и Rentenkauf видна и изъ ученія Franken о Satzung, какъ Naturalrentenkauf.

4) Mascher, eod.—Подробности о происхожденіи ренты читатель отчасти найдетъ у Mascher, указ. соч. гл. 3, и Stobbe, 1897 v. Lehmann, II a, 89—111.

Mascher, 68, Stobbe, 1897 v. Lehmann, II a, 94 стр.

6) Stobbe, 1897, II a, 95 стр., Mascher, 381.

7) Stobbe, 1897, II a, 96.

должную капиталисту сумму [1]). Кредиторъ, далѣе, имѣлъ право не допускать установленія дальнѣйшихъ рентъ [2]), а при переходѣ имѣнья въ 3-ьи руки кредитору принадлежало Näherrecht [3]).

b) Должникъ, по крайней мѣрѣ позднѣе, имѣлъ право востребованія; кредитору это право не принадлежало [4]). Одностороннее право должника на востребованіе рентнаго отношенія было выгодно должнику. Разъ должникъ аккуратно выполняетъ нетрудную обязанность уплаты ренты, онъ можетъ не бояться внезапнаго взысканія капитальной суммы долга, всегда разрушительно дѣйствующаго на имущественное положеніе лица въ условіяхъ сельскохозяйственныхъ отношеній. Но эта особенность ренты была невыгодна кредитору, такъ какъ онъ окончательно лишался распоряженія капиталомъ на неопредѣленное время и не могъ уже въ будущемъ найти капиталу лучшее помѣщеніе, хотя бы къ тому и представлялись благопріятныя условія. Неудобства рентной организаціи реальнаго кредита должны были сказаться особенно позднѣе, когда развилась промышленная дѣятельность, капиталъ находилъ себѣ новыя сферы примѣненія, и капиталистъ, въ виду колебаній ренты на капиталъ и доходности отъ помѣщенія его въ разныя предпріятія, былъ заинтересованъ въ томъ, чтобы всегда имѣть возможность распоряжаться капиталомъ въ зависимости отъ колебаній условій рынка и перемѣщать его изъ одной промышленной сферы въ другую, руководясь единственно личнымъ интересомъ. Уже одно это обстоятельство, помимо вліянія римскаго права, могло вызвать и дѣйствительно вызвало постепенное охлажденіе общества къ институту ренты и предпочтеніе ей ипотечнаго долга [5]).

c) Въ принципѣ допускалось установленіе нѣсколькихъ рентъ на одно имѣніе. Тогда отношеніе усложнялось. При установленіи слѣдующихъ рентъ требовалось согласіе обладателей предшествующихъ рентъ [6]). При осуществленіи предшествующимъ управомоченнымъ своего права судебнымъ порядкомъ и при слѣдующемъ за симъ присужденіи имѣнія истцу, послѣдующіе рентно-управомоченные должны были, подъ страхомъ лишиться своего права, принять имѣніе на себя обремененнымъ старѣйшими рентами (но не младшими). Право вступленія въ обладаніе имѣньемъ предлагалось по порядку отъ младшихъ къ старшимъ кредиторамъ [7]).

---

[1]) Stobbe, eod. 97; Mascher, 69.

[2]) Stobbe, eod. 100; Mascher, 71.

[3]) Eod.

[4]) Mascher, 68; Stobbe, 1897, II a, 100, 101.

[5]) Лишь во второй половинѣ 19 ст. рентный принципъ реальнаго кредита снова заявляетъ себя. Но теперь условія иныя, напр., весьма значительно накопленіе капиталовъ, ищущихъ надежнаго помѣщенія, хотя бы и на скромныхъ условіяхъ. Однако, и для нашего времени позволительно утверждать, что только организованный кредитъ (чрезъ посредство рентныхъ банковъ) можетъ еще привить къ землевладѣнію на рентномъ началѣ, неорганизованный же—едва ли пойдетъ на ренту и теперь. Ср. Derburg, Das bürgerliche Recht des deutsch. Reichs. Halle 1898. III 667 и слѣд.

[6]) Mascher, 71; Stobbe, 1897, II a, 100.

[7]) Mascher, 69; Иначе Stobbe, 1897, II a, 100: Соизволеніе кредитора на установле-

5. Прекращалась рента удовлетвореніемъ кредитора, по востребованіи со стороны должника; или—по судебному приговору, который имѣлъ мѣсто при неаккуратности должника и выполнялся присужденіемъ имѣнія управомоченному по рентѣ, а, при конкурренціи нѣсколькихъ кредиторовъ, младшему, желающему принять на себя рентное бремя въ пользу старѣйшихъ рентныхъ кредиторовъ.

6. Въ нѣкоторыхъ городахъ рента, подобно neuere Satzung, послужила отправнымъ пунктомъ для крайне интересныхъ организацій. Въ Бременѣ еще въ давнее время изъ рентныхъ свидѣтельствъ образовались знаменитыя Handvesten. При установленіи ренты, какъ мы знаемъ, собственникъ выправлялъ рентное свидѣтельство на имя кредитора. Когда, позднѣе, рядомъ съ рентами были допущены займы съ %, выправленіе рентныхъ свидѣтельствъ, само по себѣ очень важное для городскаго оборота, постепенно отрѣшалось отъ дѣйствительнаго установленія ренты. Въ процессѣ отрѣшенія сначала прибѣгали къ подстановкѣ на мѣсто пріобрѣтателя ренты нотаріуса или судебнаго чиновника, фиктивно покупавшаго ренту. Но скоро перестали требовать и этого и удовлетворялись одностороннимъ заявленіемъ собственника о томъ, что онъ устанавливаетъ ренту опредѣленной величины на предъявителя рентнаго свидѣтельства. Эти то свидѣтельства на предъявителя и назывались въ Бременѣ Handvesten. Собственникъ заранѣе, въ виду лишь будущей потребности въ кредитѣ, выправлялъ Handvesten на пергаментѣ, по правилу въ круглой суммѣ, въ городскомъ совѣтѣ или судѣ; Handveste удостовѣряла, что собственникъ извѣстной недвижимости отчуждаетъ другому, именно держателю рентнаго свидѣтельства, право полученія изъ недвижимости извѣстной годовой ренты. Выправлялись ренты лишь въ два опредѣленныхъ періода въ году, что, вмѣстѣ съ изслѣдованіемъ судомъ или совѣтомъ обстоятельствъ дѣла, правоотношенія по недвижимости и т. п., служило гарантіей какъ обезпеченности ренты, такъ и интересовъ 3-хъ лицъ, прикосновенныхъ къ недвижимости.

Handvesten, послѣ того, какъ въ основѣ ихъ уже не лежала никакая дѣйствительная купля ренты, обратились въ бумаги на предъявителя съ реальнымъ обезпеченіемъ имѣньемъ, а когда позднѣе и рента конструировалась какъ долгъ, обезпеченный имѣньемъ,—въ закладные листы на предъявителя, покоившіеся на одностороннемъ, абстрактномъ, формальномъ волеизъявленіи собственника. Собственникъ могъ распоряжаться Handvesten самымъ различнымъ образомъ и въ любое время. Онъ могъ передать ихъ личному кредитору въ закладъ, для обезпеченія личнаго требованія, потомъ могъ выкупить ихъ, и, затѣмъ, снова отдать въ закладъ. Handvesten циркулировали какъ движимая вещь, при переходѣ ихъ не требовалось ни цессіи, ни индоссамента. Рангъ Handvesten, тяготѣющихъ на одной и той же недвижимости, опредѣлялся не временемъ выправленія ихъ и не временемъ врученія 3-му лицу, а

ніе слѣдующей ренты означало готовность кредитора, въ случаѣ экзекуціи, уплатить слѣдующую ренту“.

исключительно указаніемъ, которое дѣлалось объ этомъ въ самомъ документѣ: „первая", „вторая" и т. д. Handveste. % не ограничивался указаннымъ въ Handveste „5%"; онъ опредѣлялся по соглашенію сторонъ при заключеніи займа подъ закладъ Handveste. Handvesten пережили въ Бременѣ благополучно эпоху римскаго вліянія; онѣ дѣйствуютъ тамъ и понынѣ. Онѣ-то, какъ увидимъ современемъ, и вдохнули Торренсу идею его акта и послужили въ Германіи образцомъ для организаціи рентнаго долга имперскаго гражданскаго уложенія.

Аналогичныя явленія встрѣчались и въ другихъ значительныхъ средневѣковыхъ городахъ: въ Гамбургѣ, Мюнхенѣ, Цюрихѣ и т. д.[1]).

ГЛАВА II.

Организація вотчинно-ипотечнаго оборота во Франціи въ ср. вв.

§ 8. Общая организація вотчиннаго оборота въ среднев. Франціи. Nantissement.

I. Французское національное право германскаго происхожденія [2]), какъ и слѣдовало ожидать, очень близко подходитъ по своимъ основнымъ началамъ къ германскому праву, но французское право очень рано восприняло римскія правовыя учрежденія. Очень рано Франція раздѣлилась въ правовомъ отношеніи на двѣ болѣе или менѣе значительно отличныя одна отъ другой половины: pays de droit écrit (гдѣ дѣйствовало относительно въ болѣе широкихъ размѣрахъ римское право) и pays de droit coutumier (гдѣ дѣйствовало относительно въ болѣе широкихъ размѣрахъ національное французское право германскаго происхожденія). Изъ этихъ послѣднихъ областей на сѣверо-востокѣ Франціи выдѣлялись pays des coutumes de nantissement, гдѣ національное французское право германскаго происхожденія сохранилось еще больше, чѣмъ въ другихъ pays de droit coutumier. Но и сюда даже римское право проникло въ болѣе или менѣе значительномъ объемѣ [3]). И очень рано изъ соединенія германскихъ и римскихъ правовыхъ идей всюду во Франціи сформировались довольно самобытыя правовыя организаціи.

II. Производный способъ отчужденія права собственности на недвижимость, какъ и вообще установленія на недвижимость вещныхъ правъ, по сдѣлкамъ между живыми, въ развитомъ средневѣковомъ французскомъ правѣ распадался, подобно германскому, на два момента: а) личную обязательственную сдѣлку и в) торжественный актъ, соотвѣтствующій германской Auflassung и выполняющій роль римской традиціи. Какъ первая, такъ и второй совершались такъ же въ общемъ, какъ и въ Германіи [4]), хотя дѣйствіе

---

[1]) Очеркъ Handvesten заимствую у Mascher, стр. 74, 75, 369—380, 380 и слѣд.

[2]) Краткій, но отчетливый очеркъ у Viollet, Précis de l'histoire du droit français. Paris. 1893 г., стр. 91 и слѣд.

[3]) См. Viollet, 1893, стр. 149 и слѣд.

[4]) Торжественная традиція во Франціи носила названіе nantissement, vêture или veste et devest. Вѣроятно, сначала и она совершалась на участкѣ; позднѣе она обращается въ символическій актъ, совершающійся передъ судомъ. Еще позднѣе, она отрѣшается, повидимому, и отъ символизма и въ coutumes de nantissement мы видимъ ее уже вполнѣ

торжественнаго акта во Франціи не вездѣ было сходно съ дѣйствіемъ германской Auflassung.

1. Всего болѣе родственна германской Auflassung по своему дѣйствію организація производнаго способа отчужденія недвижимостей и установленія вещныхъ правъ на нихъ въ Бретани, носящая названіе Apprорriance. Сущность ея заключается въ слѣдующемъ [1]). О переходѣ всякаго вещнаго права, будетъ-ли то собственность, рента, ипотека, совершается черезъ особаго судебнаго чиновника, Sergent, троекратная публикація, въ три воскресныхъ дня, послѣ воскреснаго богослуженія, когда народъ собранъ въ наиболѣе многочисленномъ составѣ; публикація совершается въ томъ приходѣ, въ округѣ котораго находится недвижимость, и на строго опредѣленномъ мѣстѣ. Публикаціи называются bannies. Послѣ троекратной публикаціи, и не ранѣе недѣли послѣ послѣдней публикаціи, пріобрѣтатель черезъ того же sergent и 2-хъ records заявляетъ о сдѣлкѣ суду, въ области вѣдомства котораго находится имѣніе, или Juge superior. Передъ этимъ судомъ происходитъ затѣмъ выясненіе существующихъ правоотношеній по недвижимости и ихъ ликвидація, носящая названіе affranschissement, purge. Если нѣтъ на отчужденіе возраженій со стороны 3-хъ лицъ или если такія возраженія улажены, судъ провозглашаетъ фактъ пріобрѣтенія и записываетъ его въ особую книгу. И тогда пріобрѣтатель является неуязвимымъ собственникомъ или реально-управомоченнымъ, и никакіе споры о правѣ не допускаются болѣе ни съ чьей стороны [2]).

2. Очень близко къ праву coutume de Bretagne стоитъ право Coustume d'Ardenbourg. Всякое отчужденіе вещнаго права на недвижимости, при которомъ недвижимость остается, по какому нибудь основанію, въ рукахъ прежняго ея собственника и гдѣ, слѣдовательно, нѣтъ возможности третьимъ лицамъ распознать правоотношеніе по недвижимости, подлежитъ записи въ особую судебную книгу по мѣсту нахожденія недвижимости. Запись должна быть совершена не позднѣе 6 мѣсяцевъ со дня отчужденія. Она-то и дѣлаетъ право пріобрѣтателя дѣйствительнымъ и неоспоримымъ въ отношеніи 3-хъ лицъ. Въ ближайшій воскресный день, по совершеніи записи, о послѣдней совершаются публикаціи въ церкви, для освѣдомленія о сдѣлкѣ всѣхъ заинтересованныхъ [3]).

3. Въ другихъ coûtumes de nantissement тѣ же начала выражены уже въ нѣсколько ослабленной степени. Именно, публикаціи, повидимому, уже не

отвѣчающей германской Auflassung развитаго средневѣковаго германскаго права. Процессъ правообразованія въ ср. вв. во Франціи излагается у Besson, Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Paris, 1891, гл. IV, V и др. и Viollet, стр. 607 и слѣд.

[1]) См. Coutume de Bretagne, art. 269.

[2]) Ср. также Besson цит. соч., стр. 62—66.

[3]) Coutume d'Ardenbourg, VIII, art. 7, 8, 9, находится въ Anciennes coutumes de la Belgique. Coutumes des pays et compté de Flandre. Bruxelles, 1890, I, 372. Мотивъ: „ten fine een yder Kennis hebben mag van de selve transporte, verkoping ofte Verpandinge...“ (art. 9).

имѣли мѣста[1]). Но отчужденіе всякаго рода вещныхъ правъ: собственности, ренты, ипотеки, и тутъ совершается торжественно, путемъ nantissement. Nantissement есть торжественная передача владѣнія недвижимости въ судѣ, „dans l'auditoire même du tribunal foncier", чинами сеньоріальной юстиціи. Nantissement состоитъ изъ двухъ частей: dévest, или déshéritance, какъ бы уступка владѣнія отчуждателемъ въ руки власти, и vest или adhéritance, — уступка владѣнія властью пріобрѣтателю[2]). Съ 13 в., по крайней мѣрѣ, и тутъ входитъ въ обычай запись nantissement (тогда носившая названіе ensaisinement, инвеституры) въ реэстры, ведущіеся въ канцеляріяхъ феодальныхъ судовъ[3]). При nantissement всегда имѣло мѣсто изслѣдованіе сдѣлки по существу[4]). Тѣмъ не менѣе, nantissement, повидимому, не давала такого обезпеченія пріобрѣтенія, какое давала британская approriance или арденбургская запись. Nantissement, по крайней мѣрѣ позднѣе, повидимому, не исключала возможности виндикаціи имѣнья третьимъ интерессентомъ[5]).

§ 9. Формы реальнаго кредита въ средневѣковой Франціи. Engagement.

1. Полное сходство французскаго и германскаго права замѣчается и въ древнѣйшей организаціи реальнаго кредита, — французская Engagement есть та же германская aeltere Satzung[6]).

2. Возникаетъ engagement по праву coûtumes de nantissement тѣмъ же торжественнымъ способомъ, какъ и пріобрѣтеніе собственности, т. е. путемъ nantissement (или ensaisinement)[7]), въ Бретани — путемъ approriance[8]), въ

---

[1]) Besson, 65.

[2]) Этотъ порядокъ извѣстенъ Coûtumes de Picardie, Vermandois, Pontieu, Cambrésis Amiens, Péronne, Reims, Valois, Boulonnais, Belgique и др. Besson, гл. V. См еще Loyseau, Les oeuvres, Paris M. DC. LXVI стр. 82: "эта форма nantissement собственно называется ensaisinement; она когда-то практиковалась и въ coutume de Paris, но была отмѣнена и отъ нея остались только нѣкоторые слѣды".

[3]) См. Coûtumes de Vermandois Mezt. M. DC. LXXXVIII art. C. XIX и друг. Какъ будто запись не практиковалась въ Pontieu, см. Coustumes... de Pontieu, Paris (годъ не указанъ). I art. CXI и слѣд., гдѣ о записи не говорится. Besson, 55.—Besson говоритъ, что сначала ensaisinement имѣла цѣлью охранять интересъ сеньоровъ, получавшихъ при отчужденіи недвижимостей извѣстную пошлину, но позднѣе мѣра цѣнилась и за ея услугу интересамъ оборота, такъ какъ въ сеньоріальномъ судѣ собирались естественно свѣдѣнія о правовомъ положеніи недвижимостей. Правильность этого подтверждается и у Lecesne, Exposé de la législation coûtumiére de l'Artois. Paris. MDCCCLXIX, стр. 329: „Сословія Артуа въ cahier отъ 1674 г. просили даже отмѣны nantissement, какъ обременительной мѣры". См. также Loysseau, ц. с., 80, 82 стр.

[4]) Coûtumes всегда говорятъ о nantissement, какъ мѣрѣ противъ нарушенія сдѣлкой интересовъ 3-хъ лицъ. См цит. мотивировку записи изъ C. d'Ardenbourg VIII art. 9 и друг.

[5]) Besson, 66.

[6]) За подробностями могу отослать читателя къ той же литературѣ, которая была указана въ очеркѣ объ aeltere S., и еще къ Loysseau, Les oeuvres, 79 и Viollet, 1893, стр. 733.

[7]) Loysseau, 79.

[8]) Coûtume de Bretagne, art. 269.

Арденбургѣ—записью въ судебную книгу [1]), при тѣхъ же мѣропріятіяхъ [2]) и съ тѣми же послѣдствіями.

3. Правоотношеніе при engagement то же, которое мы имѣемъ при aeltere Satzung [3]). И во французской литературѣ мы встрѣчаемъ ту же конструкцію engagement, какую придали въ нѣмецкой литературѣ aeltere S., т. е. конструкцію продажи съ правомъ выкупа, „vente à réméré" [4]), „vente à faculté de rachapt" [5]). Эта конструкція особенно примѣняется къ случаю, гдѣ весь доходъ идетъ въ видѣ $^0/_0$ на капиталъ, т. е. къ наиболѣе лихоимственному виду engagement, носившему во Франціи обратное германскому названіе Mortgage, въ противоположность Vifgage, гдѣ доходъ погашаетъ и долгъ [6]). Однако, и для французской engagement правильнѣе та конструкція, какую даетъ Franken [7]), такъ какъ и во Франціи собственность на заложенную недвижимость оставалась до времени у должника, что было-бы немыслимо при vente à réméré.

4. Прекращалась engagement такъ же, какъ и aeltere Satzung: выкупомъ или поступленіемъ вещи окончательно въ собственность кредитора. Vifgage, конечно, прекращался возвратомъ вещи должнику, послѣ того какъ капиталъ погашенъ доходами съ имѣнья.

§ 10. Французская „ипотека", или obligation.

1. Общая характеристика французской obligation, или hypothèque [8]), опять сходна съ германской neuere Satzung; тѣ же условія для ея появленія на свѣтъ, та же первоначальная организація перципированнаго состоянія экзекуціи на недвижимость, установляемаго по соглашенію сторонъ [9]), тѣ же чер-

---

1) См. C. d'Ardenbourg, art. 7—9.

2) Loysseau, eod.

3) Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalter.

4) Viollet, 1893, стр. 734.

5) Loysseau Les oeuvres, 79.

6) Franken, § 8, Viollet, стр. 734, 35.

7) См. Franken: о неправильности другой конструкціи — § 12, о его собственной конструкціи § 15. Это та же конструкція, которая нами изложена въ ученіи объ aeltere S.

8) Названіе obligation, видимо, болѣе древнее. Franken, цит. с. § 2, Viollet, 736. Названіе „ипотека" болѣе позднее. Franken—eod. Но оно уже вытѣсняетъ первое въ coustumes. См. coustumes des pays de Vermandois par Beautemps-Beaupré. Paris. 1858, art. 79; Coûstumes... de Pontieu et d'Abbeuille. Paris. I art. CXI и сл. Coûtumes de Vermandois. Metz. M. DC. LXXXVIII. art. CXVI и сл. Ср. Viollet, стр. 736.

9) Уже Franken, § 1, ставитъ obligation въ связь съ организаціей экзекуціи въ первобытныя времена. Esmein, 174 и друг., и за нимъ Viollet, 735 и друг., формулируютъ отношеніе такимъ образомъ: въ ту пору должникъ отвѣчалъ за долгъ своей личностью. Чтобы кредиторъ могъ направить взысканіе на имѣнье, онъ долженъ былъ спеціально обязать недвижимость должника путемъ соглашенія съ послѣднимъ, — разъ только онъ не получалъ имѣнія во владѣніе, какъ это имѣло мѣсто при engagement. Эта clausula exécutionis, полагаютъ, и была заимствована у римлянъ, изъ ихъ obligatio bonorum. Сущность разногласія Esmein, Franken и Meibom см. на стр. 26 прим. 2.

ты позднѣйшаго происхожденія [1]). Но рядомъ съ чертами сходства мы встрѣчаемъ и важныя черты различія, отчасти послѣдовавшія отъ болѣе ранняго усвоенія во Франціи римскаго права, отчасти же отъ особенностей, которыя получило направленіе правообразованія во Франціи вообще. Такъ, во Франціи ипотека рано стала абсолютнымъ, вещнымъ правомъ, какимъ она и выступаетъ въ coutumes. Кажется, издавна она стала и акцессорной, какъ въ Римѣ.

2. Возникала ипотека сначала всюду во Франціи [2]), а позднѣе въ coûtumes de nantissement, подобно всѣмъ вещнымъ правамъ, путемъ nantissement [3]). И при установленіи ипотеки эта торжественная форма требовалась, очевидно, въ интересѣ публицитета, еще строже, чѣмъ при установленіи другихъ вещныхъ правъ [4]).

Иногда ея требуютъ даже тѣ права, по которымъ установленіе другихъ вещныхъ правъ обходилось безъ nantissement [5]). Наконецъ, въ нѣкоторыхъ coûtumes, nantissement выродилась въ запись въ судебную книгу (régistre du greffe) [6]). Nantissement была не простой формой, а элементомъ пріобрѣтательнаго акта [7]). Въ Бретани ипотека устанавливалась путемъ apprópriance [8]).

3. Правоотношеніе. Французская ипотека, по крайней мѣрѣ во всѣхъ coûtumes de nantissement, подобно германской, допускается только на недвижимости. Les meubles n'ont point de suite вообще [9]), и—de suite par hypothèque въ особенности [10]). Состояла она, въ общемъ, въ такомъ же правѣ

---

1) Franken, § 1.

2) Viollet, 737, 38.

3) Coûtumes des pays de Vermendois, par Beautemps-Beaupré. Paris. 1858, art. 79; Anciennes coûtumes de la Belgique. I Coûtumes... de Flandre. Bruxelles 1890. R. VIII. Coustumes... de Poutieu... et d'Albeuille. Paris. I art. CXI и слѣд. Coûtumes... de Vermendois. Metz. M. DC. LXXXVIII. art C. XIX и друг., Lecesne, Exposé de la législation coutumière de l'Artois. Paris. MDCCC, LXIX, стр. 328, 29. Ср. Loysseau, Les oeuvres, 79, 82. Besson, 61, Viollet, 737, 38. Нѣкоторыя coûtumes даютъ намъ перечень разновидностей производства nantissement, встрѣчающихся и въ другихъ перечисленныхъ coûtumes, именно: dessaisine, main-mise, mise de fait, — варіанты, представляющіе символизацію когда-то реальныхъ дѣйствій. См. Coustumes... de Pontieu, I art. CXI и слѣд., Coûtumes... de Vermandois, art. CXIX и друг.

4) Coutumes содержатъ открытое указаніе на этотъ мотивъ. Coustumes d'Ardenbourg. VIII § 9: Ten fine een yder Kennis hebben mag van de selve... verpandinge", Coustumes de Vermandois, art. 79: „... manier qui est plus seure pour l'acheteur..." Ср. также Loysseau, Les oeuvres, 80, 82 и друг.

5) Besson, 61: въ châtellenie de Lille.

6) Besson, 61. Это мы встрѣчаемъ и въ coûtume d'Ardenbourg. R. VIII, art. 8.

7) Coûtume d'Ardenbourg, R. VIII. art. 8: „Alle... verpanding... sullen om realiteit ofte affectatie te verkrijgen mocten op-geteikent ende ter griffie geregistreert werden", Coût. de Vermandois, Metz. art. CXIX: „Hypothèque ne se constituë par le seul consentement, mais est requis nantissement du jour duque elle doit avoir cours et non plutot." (Ср. тотъ же Coût. de Vermandois, par Beautemps-Baupré, art. 77). Ср. Besson, 61.

8) Coûtume de Bretagne, art. 269.

9) Viollet, 740.

10) Eod. 741.

удовлетворенія кредитора изъ заложеннаго имѣнья, какъ и въ Германіи. При наличности нѣсколькихъ ипотекъ пріоритетъ опредѣлялся старшинствомъ nantissement [1]). Французское право издавна знаетъ оба вида ипотеки: генеральную и спеціальную, сначала различавшихся по кругу полномочій, но позднѣе уравненныхъ въ этомъ отношеніи [2]). Однако, въ странахъ, гдѣ дѣйствовали coûtumes de nantissement или apprópriance, генеральная ипотека была мыслима только въ моментѣ титула. При обремененіи же недвижимости и она должна была разбиться на рядъ спеціальныхъ ипотекъ. Иною никакая ипотека не могла быть тамъ, такъ какъ nantissement могла совершаться только на отдѣльныя конкретныя недвижимости [3]). Общее право pays des coûtumes de nantissement уже вовсе не допускало молчаливыхъ законныхъ ипотекъ [4]). Не извѣстна была въ этихъ странахъ вообще и судебная ипотека [5]).

4. Прекращалась ипотека, подобно германской, съ удовлетвореніемъ кредитора или съ принудительнымъ отчужденіемъ недвижимости, слѣдуемымъ на требованіе кредитора [6]).

§ 11. Рента.

1. Французская rente constituée sur le fond развилась, подобно германской Rentenkauf, благодаря тому, что церковь запрещала процентный заемъ и engagement [7]), и также представляла скрытую форму такого займа подъ

---

[1]) Coûtumes de Vermandois, Metz, art CXIX: „... doresnavant (т. е. по установленіи ипотеки путемъ nantissement) il ne reçoive aucun autre nantissement, que ce ne soit à la charge de soudit dû ou rente, et priorité de son droit“... и ниже тамъ же: „et leur (Iusticiers) fera défanse, que doresnavant ils n'ayent à faire autre nantissement sur ledits héritages, que ce ne soit à charge de ce, pourquoy il fait ledit nantissement... et prejudiciera tel nantissement aux subséquents faits sur mêmes héritages, de fort que le dernier nanty perdra sa dette ou rente si la valeur des dits héritages est totalement emploiyé et entrée au payement et acquit de tout, ou de partie de la dette ou rente du premier nanty“. Ср. еще Lecesne, Exposé de la c. de l'Artois, 332.

[2]) Viollet, стр. 737.

[3]) „Актъ nantissement подъ страхомъ недѣйствительности долженъ былъ ограничить дѣйствіе ипотеки одной опредѣленной недвижимостью. Когда же ипотека по договору должна была обременить всѣ недвижимости должника, тогда для каждой недвижимости требовался особый установительный актъ. Недвижимости индивидуализировались par leur contenance et l'indication de leurs limites“, говоритъ Besson, 61, о Coûtumes d'Amiens, art. 137, Coût. de Cambrésis tit. V, art. 11.

[4]) „ni pour dot, ni pour donation en faveur de mariage, ni pour conventions matrimoniales, ni pour douaire préfix, ni pour reliquat de compte de tutelle“. Besson, 61. Coûtume de la Châtellenie de Lille, XX, art. 3: „Par la coûtume générale ne sont aucunes hypothèques tacites, sauf le privilège du prince“. Но Coûtume d'Artois зналъ нѣкоторыя законныя ипотеки, им. жены на имущество мужа и фиска на имущество контаблей, см. Lecesne, стр. 333, 334.

[5]) Besson, 61: исключая позднѣйшаго времени, но и то лишь для Пикардіи и Vermendois. См. еще Lecesne, стр. 335.

[6]) Viollet, 745.

[7]) Viollet, 680, 81. Авторъ полагаетъ, что рента выродилась изъ engagement или изъ купли съ правомъ выкупа такимъ образомъ, что имѣнье, при engagement или куплѣ,

видомъ купли %'а [1]. Она также была не личнымъ долгомъ, а вещнымъ бременемъ на недвижимость, и каждый данный владѣлецъ отвѣчалъ за ренту только какъ владѣлецъ [2].

2. Устанавливалась рента и во Франціи тѣмъ же путемъ nantissement [3], или apprOpriance [4], или замѣнившей ихъ записью въ судебную книгу [5], какъ и всѣ вещныя права, — при тѣхъ же мѣропріятіяхъ и съ тѣми же послѣдствіями.

3. То же было, въ общемъ, и правоотношеніе ренты во Франціи, какъ и въ Германіи [6].

4. Сходно было и прекращеніе ренты въ обѣихъ странахъ.

ГЛАВА III.

Организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ Австріи въ ср. вв.

§ 12. Общія замѣчанія.

Коренныя австрійскія земли едва-ли чѣмъ отличались отъ германскихъ областей того времени какъ по культурѣ, такъ и по праву [7]. Поэтому мы и не будемъ на нихъ останавливаться.

Въ соединенныхъ теперь съ Австріей областяхъ мы встрѣчаемъ опять аналогичныя явленія въ области организаціи вотчиннаго оборота, иногда очень интересныя [8]. Среди нихъ поистинѣ выдающееся и обще-интересное историческое явленіе представляютъ знаменитыя Богемскія Landtafel, — и не только по роли ихъ въ исторіи права Австріи, но и по вліянію ихъ на позднѣйшія образованія въ области изслѣдуемаго вопроса для всей Западной Европы.

оставлялось у должника, получившаго уже за него цѣну, на правѣ прекарія (précaire), что скоро стало ненужнымъ, такъ какъ люди привыкли представлять себѣ дѣло гораздо проще, въ смыслѣ продажи изъ недвижимости извѣстнаго дохода. Ср. Viollet, 73? съ 680 и слѣд.

1) Но церковь дозволила только rente constituée sur un fond и преслѣдовала rente constituée sur la personne.

2) Viollet, 683.

3) Coustumes de Vermendois, par Beautemps-Baupré, art. 77. Coûtumes de Pontieu et d'Abbeuille, art. CXI и слѣд.

4) Coutume de Bretagne, art. 269.

5) Coûtume d'Ardenbourg, VIII, art. 8.

6) Viollet, 683.

7) Въ научныхъ историческихъ работахъ нѣмецкіе ученые никогда не различаютъ для среднихъ вѣковъ странъ, входящихъ теперь въ Австрію, отъ странъ, образующихъ современную Германію. См. Stobbe, Mascher и др.

8) Нѣкоторыя данныя о нихъ читатель найдетъ у Exner, Das oesterreichische Hypothekenrecht, Leipzig, 1876—81, стр. 7 и слѣд.; Haan, Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866 г., въ обширныхъ примѣчаніяхъ, образующихъ большую половину книги, дѣлаетъ постоянныя экскурсіи въ область мѣстныхъ австрійскихъ правъ провинціальныхъ и городскихъ; кое-что найдется и у Maasbourg, Die Entwicklung des Institutes der öffentlichen Bücher in Böhmen. Prag, 1877.

§ 13. Богемскія Landtafel.

1. Landtafel, tabulae terrae, dsky zemské въ Богеміи, несомнѣнно, очень древняго происхожденія. Но установить моментъ ихъ возникновенія очень трудно, особенно потому, что въ 1541 г. въ большомъ пражскомъ пожарѣ сгорѣли старые акты [1]). Повидимому, Landtafel обязаны своимъ возникновеніемъ, подобно всѣмъ такого рода учрежденіямъ той эпохи, гораздо больше судебной практикѣ и обычаю, чѣмъ писанному праву [2]). А, съ другой стороны, первоначально и въ задачу института входило служеніе не только цѣлямъ вотчинно-ипотечнаго, а, напротивъ, всего гражданскаго оборота, даже съ преобладаніемъ процессуальныхъ интересовъ [3]). Утверждаютъ, что первыя записи, приведшія къ позднѣйшему институту Landtafel, совершались уже въ древнихъ Zupengerichte; предметомъ ихъ было все, что въ этихъ судахъ происходило; и тогда уже они назывались tabulae terrae provinciales.

Въ 13 в., съ упадкомъ Zupengerichte, съ централизаціей судебнаго дѣла и съ учрежденіемъ grösseres Landrecht (высшій судъ), изъ книгъ и реестровъ прежняго пражскаго Zupengericht образуется königlich böhmische Landtafel, общій всей странѣ [4]).

Съ самаго начала Landtafel представляли собою архивъ страны [5]),—гдѣ хранились: важнѣйшіе акты, исходящіе отъ главы государства, рѣшенія ландтага, пожалованія дворянства, подданства и домицилія; онѣ же стояли въ тѣснѣйшей связи со всѣмъ судебнымъ управленіемъ страны, – и въ нихъ заносили вызовы въ судъ, иски, постановленія и распоряженія суда; наконецъ,—онѣ же были архивомъ и гражданско-правовыхъ актовъ [6]). Эти разнообразныя функціи LT. возникали въ послѣдовательности, какъ нельзя болѣе подтверждающей данную выше характеристику первоначальной организаціи института. Древнѣйшій разрядъ книгъ, входящихъ въ кругъ вѣдомства Landtafel,—это реестръ вызововъ въ судъ—dsky puhonné, Citationsquaterne [7]) Но надежность установленія постепенно привлекла къ нему и гражданскія сдѣлки. Послѣднія, въ свою очередь, наростали въ постепенности, замѣчаемой всюду въ то время въ данной области. Именно, дѣло началось съ регулированія оборота имѣній, принадлежащихъ главѣ государства, какъ ленному господину и даже какъ политической власти,—что совершилось къ концу 13 в. [8]).

---

[1]) Maasborg, 2—4 стр.

[2]) Haan, 1—2 стр. Exner, Das östr. HR., 2 стр. Это подтверждаютъ и источники писаннаго права о LT., напр., Behaimische Verneuwerte Landesordnung v. 1627 и Behaimische Log. v. 1565, часто ссылаются на обычай, какъ источникъ права о LT. (объ этихъ кодификаціяхъ ниже).

[3]) Haan, стр. 1 и 2.

[4]) Maasbourg, 2—4; Haan, 2, Exner, 2.

[5]) Такъ онѣ и называются въ Vernew. LOg. Th. II, стр. 294 и друг.

[6]) Maasbourg, 4—5 стр.

[7]) Maasbourg, 5—6 стр.

[8]) Haan, стр. 2 и слѣд., за нимъ Exner, стр. 2.

А въ началѣ 14 в., именно въ 1320 г., былъ начатъ разрядъ книгъ, которому въ будущемъ пришлось сыграть столь важную роль въ исторіи вотчинно-ипотечной организаціи въ Австріи, и даже за ея предѣлами, именно разрядъ dsky trhové, Kaufquaterne, по содержанію шедшій гораздо дальше наименованія и означавшій въ дѣйствительности вотчинно-ипотечную книгу [1]. Позднѣе были организованы и другіе разряды книгъ, какъ-то: Gedenkquaterne, Schuldverschreibungsquaterne и т. д. [2]).

Вслѣдъ за обычаемъ и судебной практикой, этими первоначально-главнѣйшими источниками правообразованія въ области LT., время отъ времени появлялись и закодательные акты. Послѣдніе, впрочемъ, больше фиксировали практику и обычай, чѣмъ творили новое право. Такъ, 7 апр. 1348 г. Карлъ IV издаетъ законодательный актъ, носящій названіе Majestas Carolina, который главнымъ образомъ регулируетъ функцію LT., какъ организацію оборота ленныхъ имѣній, принадлежащихъ въ верховную собственность коронѣ,— но содержитъ кое-что и объ общей организаціи LT [3]).

Послѣ этого проходитъ долгій періодъ времени, ничѣмъ не проявившійся въ области законодательства о LT. [4]), но далеко не потерянный для развитія института, — когда, наконецъ, въ половинѣ 16 в. и черезъ 25 лѣтъ послѣ пражскаго пожара издается кодексъ, который снова подводитъ итоги предшествующему правообразованію какъ вообще, такъ, въ частности, и о LT. Это именно Beheimische Land-Ordnung 1565 [5]). Въ этомъ памятникѣ LT. выступаетъ уже въ значительно большей степени какъ вотчинно-ипотечное установленіе, завѣдующее оборотомъ не только королевскихъ, но и частныхъ имѣній, не утративши, однако, и другихъ своихъ функцій. Памятникъ страдаетъ, впрочемъ, крайней казуистичностью и безвкусіемъ.

Спустя менѣе 100 лѣтъ по изданіи этой кодификаціи Богемія дѣлается ареной смутъ и войны („отъ вторженія Фридриха Пфальцграфа“), во время которыхъ LT. подвергаются значительной порчѣ [6]). Вскорѣ по умиротворе-

---

[1]) Это видимъ изъ LOg 1565. E. XXXVI—FI и Vernew. LOg 1627. K. XXIX и слѣд. гдѣ продажа, aeltere Satzung, законный залогъ, вдовья доля, легатъ, обращеніе лена въ аллодъ и друг. заносятся одинаково въ этотъ разрядъ.

[2]) Maasbourg, 7 стр.

[3]) Мною не найденъ, но подробно изложенъ у Haan, 2—5.

[4]) Если не считать изданнаго тѣмъ же Карломъ IV Majestäts-Brief отъ 9 февр. 1359 г., которымъ LT. вводится и въ Моравіи, съ нѣкоторыми усовершенствованіями. См. Haan, 5—6 стр.

[5]) Полный титулъ: „Beheimische Land-Ordnung sampt erneuwerten, reformirten Artickuln vund Satzungen... durch Ferdinandum... Behaimischen König... auf gemeinem Landtag im Jar 1565 mit Verwilligung der Stände dessen Königreichs auffgerichtet vnd bestättiget... Ietzund ausz der Behimischen Sprach in die Teutsche Sprache ubersetzt... durch Petrum Sturba. Gedruckt zu Franckfurt am Mayn. MDC. IV.

[6]) Это видимъ изъ Kaiserliche Rescript v. 20 sept. 1623, находящагося въ Codex Ferdinando-Leopoldino-Josephino-Carolinus... mit grosser Mühe und Fleisz zusammen getragen v. Iohann Jacob, Equite de Weingarten. Prag. MDCCXX. Num. 18., а также изъ предисловія къ Vernewerte LOg 1627.

ніи Богеміи, именно 20 сент. 1623 г., издается императорскій рескриптъ, принимающій мѣры къ возстановленію испорченныхъ LT. [1]), а въ 1627 г. 10 мая издается для Богеміи новая кодификація, Vernewerte Landes-Ordnung [2]). Эта кодификація, послѣдняя передъ эпохой значительнаго вліянія римскаго права въ Богеміи, представляетъ важный шагъ впередъ въ дѣлѣ формальной обработки права, сравнительно съ LOg 1565 г., вообще, и въ области LT. въ особенности. Но и она все еще далеко не удовлетворительна.

2. Послѣ краткой внѣшней исторіи LT. за эпоху до римскаго вліянія, обратимся теперь къ процессу внутренняго ихъ образованія за это время, и прежде всего къ самому установленію, завѣдующему LT.

Установленіе LT. находилось сначала въ королевскомъ дворцѣ въ старомъ городѣ Прагѣ, но очень рано, им. въ царствованіе короля Владислава, было переведено въ замокъ, гдѣ затѣмъ и оставалось все время разсматриваемаго періода [3]).

Личный составъ установленія, Landtafelamt, или просто Landtafel [4]), urad desk, время отъ времени измѣнялся. По Majestas Carolina завѣдуетъ установленіемъ и ведетъ книги, Landtafel—Landes-Notar, который и живетъ въ замкѣ. Но надзоръ и охрана LT. ввѣрена, на-ряду съ этимъ нотаріусомъ, еще нѣсколькимъ высшимъ правительственнымъ лицамъ: Ober-Kammerer, Ober-Land-Richter и бургграфу Пражскаго замка, за солидарной ихъ отвѣтственностью. Книги и открывались для совершенія въ нихъ записей только въ присутствіи всѣхъ этихъ чиновниковъ [5]). По LOg 1565 г. составъ чиновниковъ уже почти совпадаетъ съ тѣмъ [6]), который окончательно былъ установленъ Vern. LOg 1627 г. и который существовалъ, кажется, безъ измѣненій до конца 18 ст. Этотъ окончательный составъ представляли: Vice-Landkämmerer, Vice-Landrichter, Vice-Landschreiber, Vice-Amtmann der Königin и Unter-Kämmerling; далѣе, der Schreiber der Kleinern Landtafel, der Elteste vber die Cämmerling (Starosta), der Ingrossator der grössern Landtafel, Ingrossator der kleinern LT., Registrator bey der LT., Messer des Lands, die Cämmerling der LT., Declamator desz Landts [7]). Изъ нихъ первыя пять лицъ были

---

1) См. предш. примѣч.

2) Полное названіе: „Der Röm. Kai: auch zu Hung: vnd Böhaimb, et. Königl: Maj: Ferdinandi desz Andern, et. Verneuwerte Landes-Ordnung. Deroselben Erbkönigreichs Böhaimb.—какъ Majestas Carolina была распространена на Моравію, такъ и LOg 1627 г.; им. 10 мая 1628 г. для Моравіи издаетъ erneuerte LOg, менѣе полная, чѣмъ богемская, но не выходящая изъ круга идей послѣдней. (Haan, 10—11 стр.).

3) Vern, LOg 1627. J I.—Maj. Car. 1348 г. знаетъ ихъ уже въ замкѣ Haan, 5 стр.

4) Какъ ихъ называетъ, напр., LOg 1565 г. E. XVII и мн. друг.

5) Haan, 5.

6) LOg. 1565. LII—LIV: „Vice Landt-Richter, Vice-Landt-Schreiber des Gönigr. Beheim Amptman der Königin, Ampt desz Unter-Cammerers, der Schreiber der Kleinern Landtafel, der Elteste uber die Kämmerling (genant starosta) der Ingrossator der grössern Landtafel, Ingrossator der Kleinern LT., vud Registrator bey der LT., Messer des Lands, die Cämmerling der LT., Declamator desz Landts“.

7) VLOg. 1627. J. III.

въ то же время членами судебной коллегіи 1-й инстанціи, носившей названіе Kleines Landrecht, завѣдывавшей подъ предсѣдательствомъ Unter Burggraf'a, маловажными дѣлами[1]). Прочіе же чиновники занимали положеніе подчиненныхъ членовъ, имѣющихъ спеціальныя функціи[2]).

Чтобы придать установленію наивысшій авторитетъ, какой былъ необходимъ въ виду важности ввѣренныхъ ему функцій, чиновники, образующіе LTamt, издавна назначались лично королемъ[3]), давали торжественную присягу на вѣрность служенія[4]) и пользовались усиленной охраной закона отъ посягательствъ на ихъ личность, особенно при отправленіи ими служебныхъ обязанностей[5]). Соотвѣтственно этому и выборъ и отвѣтственность самихъ чиновниковъ за ихъ дѣйствія были не менѣе строги[6]). Наконецъ, установленіе было поставлено въ связь съ Богемскимъ помѣстнымъ классомъ. Ober-Land-Richter и Ober-Kämmerer назначались изъ Богемскихъ помѣщиковъ[7]). Предсѣдательство въ засѣданіяхъ вотчинной коллегіи принадлежало Oberlandschreiber'у, а за его отсутсвтіемъ — Vicelandrichter'у или Vicelandkämmerer'у.

Былъ болѣе или менѣе тщательно урегулированъ и внутренній порядокъ производства, распредѣленіе функцій между членами коллегіи и подробности обихода[8]). Учрежденіе LT. стояло въ тѣсномъ взаимодѣйствіи съ судами какъ 1-й инстанціи (kleineres Landrecht), такъ и 2-й (grösseres Landrecht), а также и въ зависимости отъ Ландтага и главы государства. LT. было ипотечнымъ установленіемъ при обоихъ судахъ[9]). Книги открывались для записи только во время сессій суда[10]). Кажется, самая запись признавалась правильной, лишь когда совершалась по приказу короля, Ландтага или одного изъ судовъ[11]). Съ другой стороны, практика LT. признавалась руководящей для производства дѣлъ въ судѣ 1-й инстанціи[12]). О другихъ функціяхъ LT. уже говорилось[13]).

---

[1]) VLOg. 1627. F. XVI—тоже и соотв. чиновники по LOg. 1565. LX MI.

[2]) Landtafliche Instruction v. 1652. Nov. 21 въ Codex Ferd.-Leop.-Jos.-Car. № 162.

[3]) Такъ было уже по Maj. Car., см. Haan, стр. 5. Такъ же было и по Deklaratorien u. Novellen v. 1640. Ee I.

[4]) Maj. C. у Haan. 5; VLO. 1627. J. III.

[5]) LO. 1565. L. LVI: за посягательство на такихъ чиновниковъ — смертная казнь. VLO. J. I: кто въ установленіи, L. T. Amt, вынетъ мечъ или иное оружіе, лишается правой руки; eod. J. II. Кто совершитъ обиду такому чиновнику при отправленіи имъ обязанности или кто будетъ обвинять его въ нарушеніи обязанностей службы — повиненъ смерти.

[6]) Чиновники назначались изъ лицъ, выдающихся нравственными качествами. Maj. C. у Haan. 5. VLO. J. III.—Нарушеніе чиновникомъ обязанностей вѣрной службы, измѣненіе и исправленіе записи безъ соблюденія законныхъ формъ карается смертной казнью. VLO. J. II, XVIII.

[7]) Maj. Car. у Haan, 5.

[8]) Landt. Instruktion v. 1652. Nov. 21, Codex F.-L.-J.-C. № 162.

[9]) Maasbourg, 18.

[10]) Maj. C. у Haan. LO. EIII, VLO. B., K. XXIV и мн. др.

[11]) LO. FXV, VLO. KXXIV, Maasbourg, 22.

[12]) Landt. Instruktion. 1652.

[13]) Также экзекуція суд. приговоровъ и даже суд. функціи. Maasb., 18 стр.

3. Ведущіяся въ LT. книги назывались тоже LT. и дѣлились на разряды, называвшіеся Quaternen. Въ концѣ-концовъ утвердились слѣдующіе разряды, извѣстные LO. 1565: Kaufftafel, Verschreibung-und Pfand-Taffel, Ladungs-Tafel, Gedächtnisstafel [1]). Эти разряды книгъ, судя по ихъ названію, претендовали на предметное подраздѣленіе. До извѣстной степени это и достигалось, и не только въ разрядахъ, столь рѣзко различныхъ, какъ напр., Kaufftafel и Ladungstafel, но и въ такихъ близкихъ, какъ Kaufftafel и Pfandtafel [2]). Предметное подраздѣленіе выступаетъ особенно остроумно при размѣщеніи такихъ правъ, какъ рента, вдовья доля (Leibgeding), приданое: рента заносится въ Pfandtafel, ипотечную книгу [3]). Но вдовья доля и приданое, если онѣ установлены въ формѣ долга,—заносятся въ ипотечную книгу [4]); а, установленныя въ видѣ вещнаго права, онѣ же заносятся въ Kaufftafel, вотчинную книгу [5]).

Отдѣльные разряды LT. подраздѣлялись, сверхъ того, еще на grosse и kleine Tafel [6]), по значенію объекта записи [7]). Впрочемъ, всѣ эти подраздѣленія имѣли, всего скорѣе, лишь значеніе внутренняго распорядка въ установленіи, важное для чиновника да развѣ въ цѣляхъ удобствъ, а не какое-либо внѣшнее, и тѣмъ менѣе юридическое [8]).

Разряды, вотчинныхъ и ипотечныхъ книгъ, которые насъ только и занимаютъ, велись не по предметной системѣ, т. е. не по имѣньямъ, и не по личной, т. е. не по именамъ собственниковъ, а по хронологической, опредѣляемой моментомъ поступленія сдѣлки въ установленіе. Эта система, общая тому времени, могла быть терпима только благодаря малой подвижности оборота и фактической вѣчности владѣнія. Вотчинный и ипотечный разряды книгъ содержали картину всѣхъ правоотношеній по недвижимости, въ частности вскрывали движеніе собственности и реальный кредитъ.

---

1) LO. 1565. F. VII, VLO. C. II, J. VI.

2) См. наприм. казуистику LO. 1565. E. XXXVI—XXXXII, F. IX—XIV.

3) LO. F. XI.

4) LO. F. XII.

5) E. XXXVI—XXXVIII.

6) Источники съ точностью относятъ это дѣленіе къ родовому понятію LT. и къ видовому Pfandtafel. LO. F. XI, XII. Несомнѣнно, что и Kaufftafel знали это подраздѣленіе. О другихъ разрядахъ трудно сказать что-л. положительное.

7) LO. 1565. F. XI—XIV ставитъ предѣломъ дѣленія ипотечной книги на большую и малую 100 Schock Groschen, Eod. F. IX, повидимому, для вотчинной книги ставитъ предѣломъ дѣленія 10 Schock Groschen. Maasbourg утверждаетъ (22 стр.): Grosse Tafel велись на пергаментѣ для имѣній высшихъ сословій, для всѣхъ важнѣйшихъ вещныхъ сдѣлокъ; Kleine-Tafel—для мелкаго землевладѣнія свободныхъ лицъ и для сдѣлокъ не свыше 10 Schock, которыя заносились въ Schuldverschreibungsquaternen.

8) По крайней мѣрѣ законъ говоритъ о разрядахъ лишь при регламентаціи внутренняго обихода въ установленіи и распредѣленія функцій чиновниковъ (Landtaf. Instruction v. 1652. Nov. 21. i. f.), но никогда не говоритъ иначе, какъ вообще о LT., регулируя возникновеніе правъ по записи въ LT. См. LO. F. XVI, E. XVII, XXVI, XXVII, XXXIV и друг. или VLO, J. IX, I, XV, XVII, K. XXIX и друг.

4. *Имѣнья.* Имѣнья привлекались къ вотчинно-ипотечному режиму LT. лишь по мѣрѣ совершенія о нихъ сдѣлокъ; единовременнаго подчиненія ихъ LT. не могло и быть. Но такъ какъ въ LT. заносились переходы имѣній и установленія вещныхъ правъ по всякимъ титуламъ подъ страхомъ недѣйствительности, то очень быстро должны были подчиниться ихъ режиму всѣ недвижимости въ странѣ, способныя къ LT. Однако, этотъ вопросъ о способности имѣній къ LT. разрѣшался неодинаково въ разное время. Majestas C. урегулировала запись въ LT. имѣній, принадлежащихъ главѣ государства и передаваемыхъ за услуги рыцарскому классу въ ленъ. Затѣмъ наступило время, когда къ LT. допускались сдѣлки о всякаго рода недвижимостяхъ: крупныхъ, мелкихъ, дворянскихъ и крестьянскихъ. Но уже въ 15 в. кругъ такихъ недвижимостей былъ ограниченъ. Способными къ LT. стали признаваться только рыцарскія имѣнья; допущеніе прочихъ имѣній зависѣло отъ воли государя. Исключеніе было сдѣлано только для горожанъ Праги и Куттенберга [1]). Отсюда институтъ становится изъ вотчинно-ипотечной системы—оффиціальной книгой для реалитетовъ привилегированныхъ лицъ [2]).

5. *Лица,* имѣющія доступъ къ LT. И въ этомъ вопросѣ о спеціальной правоспособности къ LT. мы встрѣчаемъ колебанія. Правоспособность эта постепенно становилась привиллегіей рыцарства да еще гражданъ нѣкоторыхъ городовъ [3]). Лишь позднѣе привиллегія была нѣсколько расширена и распространена на духовенство и профессоровъ Пражскаго университета [4]). Но и за всѣмъ тѣмъ рамки ея были тѣсныя. Доступъ къ LT. былъ обусловленъ строго-католическимъ вѣроисповѣданіемъ. Протестанты и евреи не имѣли доступа къ LT. [5]). Иностранцы должны были получить для того право домицилія (Inkolat) [6]). Молодые дворянскіе роды нуждались для того въ соизволеніи государя [7]). Граждане городовъ для полученія правоспособности къ LT. должны были доказать, что они родились, имѣютъ гражданство и осѣдлость въ данномъ городѣ и владѣютъ тамъ недвижимостью [8]). Полученіе правъ гражданина города еще не давало само по себѣ такой правоспособности [9]). Вездѣ тутъ правоспособность разумѣется какъ активная, такъ и пассивная [10]).

---

[1]) Maasbourg, 8, 9.

[2]) Eod. 10.

[3]) Maasbourg, 8, 9: только жители Праги и Куттенбурга. Источники говорятъ неясно, см. Codex F.-L.-I.-C. №№ 18, 15?, 162, 169, 177, содержащіе импер. рескрипты, деклараціи и инструкціи отъ 1623 сент. 20, 1630 мая. 27, 1653 мая. 28 и друг.

[4]) Maasbourg, 11.

[5]) Landt. Instruktion v. 1652. Nov. 21: „не католикъ, получившій титулъ на вещное право, долженъ или принять католичество или уступить титулъ католику“. См. еще Deklar. и Nov. M. DCXXXX. Ee IV.

[6]) Maasbourg, 11.

[7]) Eod.

[8]) Императорскіе рескрипты отъ 1623, 1630, 1653 и 1654 г. въ Codex F.-L.-I.-C. №№ 18, 48, 169, 177.

[9]) Maasbourg, 12.

[10]) Landt. Instruktion 1652. Maasbourg, 12.

Законодательство ставитъ, далѣе, условіемъ такой правоспособности нравственность лица. Безнравственные не имѣютъ доступа къ LT. [1]). Физическіе недостатки не мѣшали [2]).

6. Со временемъ вырабатываются *условія и формы производства* въ вотчинномъ установленіи, гарантирующія матеріальную истину, обезпеченность правъ, точность воли сторонъ и обусловливающіе дѣйствительность предпринятаго акта.

а) Требуется личное присутствіе сторонъ, или, по крайней мѣрѣ, обязывающагося по сдѣлкѣ. Это требованіе встрѣчается издавна и повторяется настойчиво въ каждомъ значительномъ законодательномъ актѣ [3]). Самая запись совершается въ присутствіи сторонъ или хотя обязывающейся стороны, и стороны являются контролерами правильности записи [4]). Требованіе личнаго присутствія понималось такъ строго, что не допускалось, по общему правилу, и представительство на сторонѣ обязываемаго сдѣлкой лица [5]). Управомочиваемый записью могъ послать и представителя [6]). Лишь по исключенію допускается отступленіе отъ этого начала, и эти исключенія регулируются въ духѣ общаго правила.

α) Въ случаѣ болѣзни обязываемаго записью, вотчинное установленіе отряжаетъ чиновниковъ къ постели больного для выслушанія его воли, и письменный отчетъ о томъ записывается въ LT. [7]).

β) Въ случаѣ отсутствія обязываемаго изъ страны допускается представительство. Но, по возвращеніи обязываемаго записью на родину, онъ все же долженъ лично явиться въ установленіе и подтвердить свою волю [8]).

γ) Третье исключеніе установлено на случай, когда обязываемая сторона является въ установленіе не въ періодъ открытія LT. для записи. Тутъ обязывающійся можетъ взять изъ установленія list priznavací, рекогницію, удостовѣряющую, что онъ выразилъ уже свою волю въ установленіи,—и передать ее потомъ управомочиваемому по сдѣлкѣ. Послѣдній является съ этимъ актомъ въ ближайшую сессію установленія, когда происходятъ записи въ LT. и въ пользу его запись совершается уже на основаніи рекогниціи. Но рекогниція дѣйствуетъ съ момента ея выдачи лишь до ближайшей сессіи суда, во время которой только и происходятъ записи въ LT. Возобновленіе рекогниціи допускается [9]).

---

1) LO. E. XXVII: „Offentliche Banckharben und Huren". Тоже VLO. J. XLII.
2) LO. XXVI: „Нѣмые допускаются". VLO. J. XV.
3) LO. E. III, V. VLO. J. XI, XII, XVIII.
4) Eod.
5) Eod.
6) Eod.
7) LO. E. XXXIV; VLO. J. XIV.
8) VLO. J. XI, XII.
9) LO. E. III.—Въ этомъ институтѣ заложена идея, которая вскрывалась и въ Бременскихъ Handvesten и которая лишь въ наше время получила свое развитіе въ знаменитомъ Актѣ Торренса, им. идея односторонняго волеизъявленія управомоченнаго, какъ основы оборота;—но тутъ идея выражена въ самомъ зачаткѣ.

δ) Четвертое исключеніе допускалось въ случаѣ, когда письменный долговой актъ подтвержденъ 2—3 лицами изъ высшаго сословія, путемъ подписи или приложенія ихъ печати, когда въ актѣ этомъ открыто устанавливается ипотека и выражается соизволеніе на запись акта въ LT. въ отсутствіе должника. Это относилось и къ куплѣ [1]).

Какъ при установленіи правоотношенія требовалась личная явка обязываемаго имъ контрагента, такъ при кассаціи записи требовалась явка управомоченнаго по записанному правоотношенію. Никакая запись не кассируется, пока она не прочтена управомоченному по ней [2]). Изъ этого правила допускались лишь ничтожныя исключенія [3]).

2. Въ изложеніи записей выработаны были техническія формулы, стиль [4]).

3. Погашеніе записей, сначала совершавшееся перечеркиваніемъ записи, потомъ стало выполняться погасительной отмѣткой per juxtam [5]).

4. Урегулирована была общая тщательность внѣшняго веденія книгъ [6]).

5. Предписано было строгое соблюденіе пріоритета при совершеніи записей [7]).

6. Опредѣленъ былъ языкъ, на которомъ должны были вестись записи. Въ древнее время записи велись на латинскомъ языкѣ [8]), какъ и всюду. LO. 1565 вводитъ богемскій языкъ [9]). VLO. 1627 вводитъ на-ряду съ богемскимъ и нѣмецкій [10]).

7. Особенно строго было урегулировано исправленіе ошибокъ, допущенныхъ при записи въ LT. По своему почину чиновникъ не могъ исправить ошибки, подъ страхомъ смертной казни. Онъ могъ это сдѣлать лишь съ согласія сторонъ, если стороны еще присутствуютъ и ошибка замѣчена непосредственно при записи; по истеченіи же 24 часовъ послѣ записи исправленіе допускается лишь съ разрѣшенія высшаго суда (grösseres Landerclit). Всегда отмѣчается дата поправки и имя чиновника, совершавшаго поправку [11]).

8. Въ цѣляхъ обезпеченія матеріальной истины законъ требовалъ, чтобы подлежащія записи сдѣлки были облечены въ письменную форму, обладающую свойствами оффиціальныхъ актовъ [12]). Опытъ показываетъ, что одного

---

1) VLO. L. VI. Haan, 8, Maasbourg, 26. — Исключеніе могло стать позднѣе правиломъ.—Были и еще спеціальныя исключенія, незначительныя. См. LO. F. II.—Едва-ли представлялъ исключеніе случай VLO. K. XXIV.

2) VLO. J. XVI. Haan, 8.

3) VLO. K. XXV.

4) Maasbourg, 23.

5) Eod.

6) Landtäfliche Instruktion v. 1652.

7) Eod.

8) Maasbourg, 27.

9) LO. F. VII: кромѣ случая, когда акты подлежатъ записи полностью и изложены на латинскомъ или нѣмецкомъ языкѣ.

10) VLO. C. II, J. VI: это „потому, что послѣ смутъ и войнъ въ Богеміи поселилось много нѣмцевъ, вѣрныхъ подданныхъ“.

11) VLO. J. XVIII. LO. E. V, Declar. u. Nov. Ee. III.

12) VLO. J. XII.

присутствія сторонъ въ установленіи не достаточно для обезпеченія ихъ интересовъ. И вотъ, въ виду рокового дѣйствія записи въ LT. сдѣлки, особенно въ эпоху и въ странѣ, гдѣ населеніе не настолько развито, чтобы вполнѣ оріентироваться въ тонкостяхъ правовыхъ организацій, законодательство требуетъ, чтобы при самомъ возникновеніи отношенія стороны пользовались помощью свѣдущихъ лицъ и предъявляли въ вотчинное установленіе акты сдѣлокъ, заключенныхъ ими по зрѣломъ и тщательномъ ознакомленіи съ послѣдствіями такихъ сдѣлокъ [1]).

9. Законодателя занимаетъ и забота о коллегіальности засѣданій и солидарной отвѣтственности вотчинныхъ чиновниковъ за цѣлость и надежность веденія книгъ, такъ какъ онъ видѣлъ въ этомъ сугубую гарантію правильности производства [2]).

10. Еще болѣе законодатель настаивалъ на принципѣ публичности LT. Этотъ принципъ проводился издавна и въ различныхъ направленіяхъ.

a) Публичны были засѣданія коллегіи, въ которыхъ торжественно открывались книги, заносились въ нихъ сдѣлки, извлекались изъ нихъ данныя и, наконецъ, книги снова закрывались [3]).

b) Книги были доступны осмотру всѣхъ гражданъ, а не только интерессентовъ. [4]) Но осмотръ („in den Schriften umbzustüren oder zu blättern") совершался не непосредственно публикой, а черезъ посредство чиновника [5]),— мѣра въ то время неизбѣжная.

c) Изъ книгъ выдаются выписи, но только съ разрѣшенія короля, суда или старшихъ чиновниковъ установленія [6]).

d) Вводъ во владѣніе имѣньемъ, пріобрѣтеннымъ записью въ LT., сопровождается троекратными публикаціями, имѣвшими цѣлью вызвать интерессентовъ къ предъявленію ихъ возможныхъ правъ на имѣнье, въ теченіе перэмторнаго срока 3 л. 18 нед. [7]).

11. Надежности учрежденія, безъ ущерба обороту того времени, служило и то, что книги открывались для записи лишь въ опредѣленные періоды времени, именно въ періоды сессій высшаго суда (grosses Landrecht) [8]).

12. Формально-правовыя начала, на которыхъ покоился вотчинно-ипотечный режимъ LT., характеризуютъ послѣдній, какъ зрѣлый уже въ то время.

---

[1]) Вопросъ о свойствѣ актовъ наполняетъ всю исторію режима; только перемѣна общихъ воззрѣній на отношеніе власти къ подданнымъ внесла тутъ значительныя измѣненія, но и то не всегда къ лучшему и не всегда на долгое время.

[2]) Maj. C. и Majestätsbrief v. 1359 y Haan, 5 и слѣд., LO и VLO во многихъ мѣстахъ

[3]) Уже Maj. C. y Haan, 6 стр., LO и VLO множество статей.

[4]) VLO. B. IX. Это начало дѣйствуетъ и до сихъ поръ въ Австріи, см. Зн. 1871, § 7.

[5]) Eod.

[6]) LO. F. XV.

[7]) Уже въ Maj. C. y Haan, 4—5 стр.

[8]) LO и VLO: рядъ статей.

a) Въ законодательствѣ о LT. уже издавна мы встрѣчаемъ выраженіе начала публицитета. Уже въ Majestas C. запись въ LT. влечетъ, по общему правилу, безповоротность устанавливаемаго записью отношенія, разъ только истекъ срокъ въ 3 г. 18 нед. и не поступило въ установленіе притязаній со стороны 3-хъ лицъ. Это начало дѣйствовало даже въ отношеніи притязаній королевской камеры на имѣнья, принадлежащія въ собственность верховной власти и переданныя на правѣ лена рыцарямъ [1]). Исключеніе дѣлается только для случаевъ формально-неправильной записи [2]). Гораздо уже рѣзче начало публицитета выражается въ LO. 1565: „Какъ въ книгахъ написано, такъ потому и быть должно". Оспариваніе записи, какъ неправильной, карается 2-хъ-недѣльнымъ тюремнымъ заключеніемъ [3]). VLO. 1627 г. повторяетъ начало въ тѣхъ же формахъ, но за оспариваніе устанавливаетъ уже 2-хъ-годичное тюремное заключеніе [4]). Но послѣднее слово принадлежало по вопросу о дѣйствіи публицитета позднѣйшему законодательству.

Однако, начало публицитета терпитъ ограниченіе. Именно. неоспоримость записи наступала не съ самаго момента совершенія записи, а лишь по истеченіи 3 л. 18 нед. Въ теченіе же этого времени допускались возраженія на запись, называемыя odpor; предъявлялись возраженія въ самое вотчинное установленіе, гдѣ и записывались противъ оспариваемой записи. Запись возраженія пріостанавливала дѣйствіе оспариваемой записи впредь до выясненія спора. А это выясненіе, точнѣе, оправданіе возраженія должно было осуществиться въ теченіе того же срока 3 л. 18 нед., иначе возраженіе гасло само собою [5]). Но и записанный управомоченный можетъ вызвать совершившаго odpor на скорѣйшее осуществленіе имъ своей претензіи въ судебномъ порядкѣ [6]).

---

1) Haan, 4—5.

2) Eod.

3) LO. F. XVI: „... Die Landtafel kan niemandt vberzeugen vnd dieweil sich dieser vnderfangen ein Gezeugnusz wider die Landtafel zu führen, soll er darumb viertzehen Tag im Thurm sitzen".

4) VLO. JI: „Vnd was also vnd solcher Gestalt auff dergleichen Bekantnusz, wie öbgemeltt, vor den Pragerischen Vnter Ambtleüthen in die Land Tafel einverleibt vnd eingeschriben würdet, bey demselben solle es ohne Widerred oder aintzige Auszflucht verbleiben, sintemal kein Mensch die Land Tafel überzeugen kan, Wie dan ein jeder, so sich dessen vnterstehen vnd wider die Land Tafel Zeügnusz führen wolte, mit zwey Jähriger Gefängnusz gestrafft werden solle".

5) Такъ было уже по Maj. C. у Haan, 4—5. Обстоятельнѣе институтъ развитъ въ VLO. B. XIII, 5, J. XX—XXII.

6) Eod.—Однако, возраженіе не вредитъ 3-му добросовѣстному пріобрѣтателю (законъ говоритъ объ aeltere Satzung). Въ случаѣ эвикціи, такой 3-й пріобрѣтатель возвращаетъ имѣнье лишь за полное удовлетвореніе его. LO. Q. II—III, VLO. K. XXX—XXXII.—Замѣтимъ, что срокъ 3 г. 18 н. есть и срокъ гражданской давности (LO. E. XVII, F. XXIII; VLO. B. XIII, 5. J. XX, O. XIX, M. XXVIII, XXXIX). И это обстоятельство смущало до самаго изданія Зак. 1871 г. юристовъ при рѣшеніи вопроса о юридической природѣ записи въ LT. См. Exner, Publicitätsprinzip, Wien, 1870.

b) Умѣренный легалитетъ былъ положенъ въ основу организаціи, какъ вездѣ въ то время [1]).

c) Спеціалитетъ при залогѣ недвижимости вытекалъ уже изъ самой природы залога того времени, представленнаго, по общему правилу, институтомъ aeltere Satzung [2]).

d) Начало пріоритета записанныхъ правъ по моменту записи провозглашается неоднократно, въ теченіе всего разсматриваемаго періода [3]).

§ 14. Итоги.

Мы прослѣдили въ существенныхъ чертахъ правовую организацію вотчиннаго оборота и реальнаго кредита въ ср. вв. Эта организація, какъ мы видѣли, стояла въ тѣсной связи какъ съ общимъ культурнымъ строемъ того времени, такъ, въ особенности, со строемъ экономическихъ отношеній, точнѣе, со строемъ натуральнаго хозяйства въ провинціи и зачатками денежнаго и даже кредитнаго хозяйства въ городахъ.

Громоздкія и сопряженныя съ медлительностью выполненія, правовыя формы вотчиннаго оборота ср. вв. были направлены на полную обезпеченность его и, достигая обезпеченности оборота, они, при медлительности оборота, не давали чувствовать своей громоздкости. Право и жизнь, право и оборотъ находились въ то время въ гармоническомъ сочетаніи.

Въ деталяхъ національное право новыхъ народовъ покоилось тогда на четырехъ коренныхъ формально-правовыхъ максимахъ: публицитетѣ, спеціалитетѣ, легалитетѣ и пріоритетѣ.

Что касается организаціи матеріальнаго кредитнаго отношенія, то тутъ мы встрѣчаемъ въ средніе вв. главнымъ образомъ формы строго-реальнаго кредита, гдѣ довѣріе оказывается не лицу, а недвижимости. Исключеніе составляетъ лишь neuere Satzung, при которой довѣріе къ недвижимости лишь стояло на первомъ мѣстѣ, часто не устраняя и личной отвѣтственности собственника недвижимости.

На рубежѣ среднихъ вѣковъ и новаго времени, когда оживляется общій оборотъ, — и средневѣковая организація вотчиннаго оборота приноровляется къ этому оживленію. Торжественный обрядъ передачи вещнаго правъ вырождается въ простую запись въ вотчинную книгу, вооруженную абсолютной fides publica и т. д. Такъ что основы организаціи удерживаются, лишь форма ихъ упрощается. Въ городахъ, гдѣ оборотъ былъ особенно живой, мы встрѣчаемъ смѣлыя по идеѣ организаціи реальнаго кредита (Handvesten). Насколько средневѣковыя формы оборота обладали гибкостью и способностью приноро-

---

1) Deklaratorien u. Novellen MDC XXXX. Ee VI—VIII: **устанавливаютъ обязанность чиновника изслѣдовать существенные моменты сдѣлки, безъ чего не можетъ послѣдовать и запись ея.**

2) LO. E. XVII, F. XIV, VLO. K. XXIX **и слѣд.** Deklaratorien u. Novellen, Ee V.

3) LO. F. III, VLO. K. XIX, Deklaratorien und Novellen Ee XVIII, Landtäfliche Instruction 1652.

вленія къ измѣняющимся условіямъ жизни, не отступая отъ 4-хъ основныхъ максимъ, показываетъ то, что въ срединѣ 19 ст., приспособленныя къ современнымъ условіямъ, онѣ составляли предметъ удивленія и подражанія въ глазахъ юристовъ тѣхъ странъ, которыя ихъ утратили.

Но на томъ же рубежѣ среднихъ вѣковъ и новаго времени въ жизни европейскихъ народовъ совершается рядъ другихъ величайшихъ событій, которыя содѣйствовали грандіозному въ исторіи права явленію,—рецепціи римскаго права in pleno. И эта рецепція нарушила самобытное развитіе права европейскихъ народовъ, а съ нимъ и національную правовую организацію вотчиннаго оборота.

ОТДѢЛЪ II.

Эпоха рецепціи римскаго права.

§ 15. Общія замѣчанія.

Что рецепція римскаго права имѣла въ общемъ и цѣломъ безконечно громадное благодѣтельное вліяніе на правообразованіе у новыхъ народовъ, въ этомъ едва-ли кто можетъ сомнѣваться въ наше время. На римскомъ правѣ, обладавшемъ тонко развитыми правовыми понятіями, точной терминологіей, безукоризненной системой, какъ нельзя легче могла возродиться и окрѣпнуть наука права у новѣйшихъ народовъ. А роль науки права для правовой жизни народа слишкомъ громадна.

Не менѣе благодѣтельно было въ общемъ и цѣломъ вліяніе римскаго права и на положительное право новыхъ народовъ. Какъ громадно было его вліяніе на правовую технику, лучше всего указываетъ сравненіе юридическихъ памятниковъ эпохи, предшествующей рецепціи, и эпохи рецепціи. Первые памятники, по общему правилу, внѣшне-безпорядочны, нерѣдко лишены всякой системы, страдаютъ казуистичностью предписаній, отсутствіемъ общихъ принциповъ; вторые же, напротивъ, отличаются внѣшней стройностью, прозрачной системой; предписанія ихъ имѣютъ характеръ общихъ нормъ, изъ которыхъ не трудно извлечь правовой принципъ. Первые регулируютъ институтъ случайно, въ наиболѣе выдвинутыхъ практикой моментахъ, вторые содержатъ законченные образы каждаго института цѣльные и прозрачные [1]).

Самымъ содержаніемъ римское право оказало, въ общемъ, безконечныя услуги правообразованію новыхъ народовъ. Стоитъ вспомнить, что обширная область права требованій представляетъ у новыхъ народовъ всецѣлое заимствованіе изъ римскаго права, чтобы въ этомъ не сомнѣваться болѣе.

И въ кругъ институтовъ вещнаго права римское право внесло много положительнаго. Самое возникновеніе института ипотеки, на которомъ теперь

---

[1]) Ср. напр. Beheimische Landordnung 1565 съ Deklaratorien und Novellen 1640; Lübsches Recht 1240, Rev. Lüb. R. 1586 и проектъ мекл. Ландрехта Мевіуса отъ 1589 г.

покоится зданіе реальнаго кредита, по мнѣнію многихъ, обязано римскому вліянію. Но послѣдовательную и законченную внутреннюю обработку современная ипотека уже, несомнѣнно, получила въ огромной долѣ изъ римскаго права. Тоньше и послѣдовательнѣе были переработаны подъ вліяніемъ римскаго права и другіе институты вещнаго права.

Во всѣхъ областяхъ права и на цѣлый рядъ тонкихъ вопросовъ, которые ставили юристу условія новаго времени, онъ находилъ въ римскомъ правѣ готовый и образцовый отвѣтъ,—чѣмъ и объясняется общее влеченіе къ римскому праву въ то время [1]).

Но если столь громадно было благодѣтельное значеніе вліянія римскаго права, то не маловажно было и зло, причиненное имъ отъ неумѣнія и непониманія насадителей его.

Ослѣпленные геніальными правовыми организаціями римскаго права, юристы новыхъ народовъ мало вникали и мало понимали въ эпоху рецепціи внутренній смыслъ, заложенный въ римскія организаціи, коренное различіе условій римской жизни, отраженныхъ въ римскомъ правѣ, отъ условій жизни новыхъ народовъ. Съ другой стороны, они не различали въ римскомъ правѣ здоровыхъ организацій отъ больныхъ, искаженныхъ въ эпоху упадка античной культуры, и не заботились ни о томъ, чтобы претворить римское право въ примѣненіи къ новымъ условіямъ, ни о томъ, чтобы отдѣлить въ немъ положительное и отрицательное. Вмѣсто этого юристы увлеклись пересадкой чужого права in pleno на новую почву.

Отсюда-то и проистекли тѣ печальныя послѣдствія, которыя имѣла рецепція римскаго права для правообразованія новыхъ народовъ. Въ концѣ концовъ римское право нарушило естественный и здоровый ростъ національнаго правообразованія новыхъ народовъ, изувѣчило національныя правовыя организаціи, а въ интересующую насъ область оранизаціи вотчинно-ипотечнаго оборота внесло такія начала, которыя дорого обошлись народамъ и устраненіе бѣдствій отъ которыхъ наполняетъ всю новѣйшую исторію права европейскихъ народовъ, вплоть до сего дня.

ГЛАВА I.

Организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ римскомъ правѣ.

§ 16. Общая организація вотчиннаго оборота по римскому праву. Традиція.

Производный способъ пріобрѣтенія права собственности былъ организованъ въ римскомъ правѣ, реципированномъ новыми народами, въ общемъ, такъ. Актъ пріобрѣтенія состоялъ изъ личной сдѣлки между отчуждателемъ

---

[1]) Что не одни правящіе классы, но и общество нерѣдко предпочитало римское право родному, мы находимъ, между прочимъ, доказательство у Lecesne, Exposé du droit coutumier de l'Artois, стр. 330, гдѣ сообщается, что сословія Артуа просили Людовика XIV въ 1674 г. о замѣнѣ nantissement римской традиціей, т. к. nantissement слишкомъ дорогая мѣра.

и пріобрѣтателемъ и изъ вещнаго договора, традиціи. Личная сдѣлка является титуломъ для вещнаго договора, традиціи. Собственость пріобрѣтена, когда обязанный по личной сдѣлкѣ отчуждатель совершилъ традицію отчужденнаго предмета. И личная сдѣлка, и вещный договоръ лишены всякой формы, по которой можно было бы распознать 3-му лицу совершившійся актъ отчужденія. Но зато всякій 3-ій заинтересованный не былъ лишенъ права осуществленія своихъ притязаній на отчуждаемый предметъ противъ 3-го пріобрѣтателя предмета. Этотъ порядокъ былъ общимъ какъ для движимостей, такъ и для недвижимостей.

У новыхъ народовъ эта организація имѣла не мало сторонниковъ, особенно во время господства идей естественнаго права. И, дѣйствительно, ей нельзя отказать въ простотѣ, стройности, послѣдовательности и логичности. Все вещное право покоится при ней на единыхъ началахъ. Кромѣ того, она какъ нельзя болѣе выражаетъ и матеріальную истину въ правѣ. При обсужденіи Code Napoléon во французскомъ государственномъ совѣтѣ и даже при обсужденіи Прусскаго закона 1872 г. въ прусской палатѣ господъ ей было высказано не мало похвалъ. Что можетъ быть естественнѣе и что можетъ больше отвѣчать матеріальной истинѣ въ правѣ, какъ не начало свободнаго волеопредѣленія сторонъ и осуществленія волеопредѣленія въ фактической передачѣ предмета. А если 3-е лицо имѣетъ право на вещь, правомѣрно ли и справедливо ли отказать ему въ осуществленіи его правъ противъ пріобрѣтателя вещи?! Юристы естественнаго направленія въ правѣ усматривали, поэтому, въ римской организаціи идеалъ права, который долженъ быть насаждаемъ всюду и всегда, какъ сама справедливость.

И тѣмъ не менѣе, если изъ области грезъ о естественномъ состояніи людей и царствѣ справедливости на землѣ мы перейдемъ на болѣе трезвую почву дѣйствительности, на почву практической жизни съ ея борьбой страстей и интересовъ, съ ея мѣстными и временными условіями, — то противъ римской организаціи придется многое возразить. Прежде всего жизнь не оправдываетъ схоластическаго пріема уравненія передъ правомъ движимыхъ и недвижимыхъ вещей, кореннымъ образомъ различныхъ какъ по экономическому значенію, такъ и по самой природѣ своей. Перечислять здѣсь всѣ черты различія обѣихъ категорій вещей излишне. Лучше сослаться на исторію права всѣхъ народовъ, включая и римскій въ эпоху его національной жизни, и установить, что вездѣ тамъ оборотъ движимостей и недвижимостей покоился на различныхъ основаніяхъ. Оборотъ движимостей нуждался всегда въ организаціи, имѣющей главной задачей облегченіе его; оборотъ недвижимостей, даже въ эпохи мобилизаціи, когда сказывалась потребность въ облегченіи формъ, организовался на началахъ, преслѣдующихъ обезпеченность и надежность его. Уравненіе обѣихъ категорій въ отношеніи организаціи оборота ихъ вызывало, какъ увидимъ, застой въ оборотѣ; напротивъ, путемъ приноровленія организаціи оборота къ каждой категоріи вещей съ ея специфическими свойствами, достигалось дѣйствительное уравненіе оборота обѣихъ категорій вещей, и тамъ,

гдѣ условія благопріятствовали тому, достигалось даже превращеніе земли въ товаръ и монетизація земли [1]).

Не болѣе отвѣчаетъ потребностямъ практической жизни и крайняя матеріализація права въ римской организаціи. Отсутствіе публицитета при переходѣ собственности совершенно не обезпечиваетъ пріобрѣтателя отъ ущерба, связаннаго съ полной или частичной эвикціей вещи. Конечно, пріобрѣтатель имѣетъ право требовать отъ отчуждателя вознагражденія за понесенный отъ эвикціи ущербъ. Но это право требованія ущерба больше можетъ утѣшить юриста, создавшаго его, чѣмъ пріобрѣтателя, вынужденнаго вести дорогой и всегда длинный процессъ, издержать на него, можетъ быть, послѣднее состояніе и въ концѣ-концовъ ничего не добиться за несостоятельностью отвѣтчика. Человѣкъ жизни смотритъ на отвлеченное право иначе, чѣмъ юристъ. Онъ нерѣдко отказывается, особенно при плохо организованномъ процессѣ, отъ попытки осуществить свое отвлеченное право, чтобы сохранить остатки своего конкретнаго состоянія. А какъ страдаетъ реальный кредитъ отъ такой системы, гдѣ кредиторъ не увѣренъ въ томъ, съ кѣмъ онъ имѣетъ дѣло: съ собственникомъ или съ простымъ пользователемъ имѣнья или даже съ детенторомъ, или неправомѣрнымъ владѣльцемъ. Ниже мы увидимъ яркіе примѣры бѣдствій, которыя внесла римская негласная организація пріобрѣтенія собственности въ жизнь новыхъ народовъ.

§ 17. Организація реальнаго кредита въ римскомъ правѣ.

Но если столь сомнительна практически была организація вотчиннаго оборота въ римскомъ правѣ,—то уже совершенно пагубна была римская организація реальнаго кредита, отлитая въ форму ипотеки, какъ подвида болѣе широкаго понятія залога, другимъ подвидомъ котораго былъ залогъ въ тѣсномъ значеніи слова. Различіе подвидовъ состояло лишь въ томъ, что при ипотекѣ предметъ, каковъ бы онъ ни былъ, оставался въ рукахъ установителя ипотеки, а при залогѣ—поступалъ въ руки кредитора. Но это различіе въ Римѣ вовсе не отражалось на тождествѣ прововаго строенія залога въ обѣихъ разновидностяхъ его. Былъ еще частный случай залога, называвшійся антихрезой, когда кредиторъ по договору получалъ право пользоваться предметомъ залога съ тѣмъ, чтобы зачитать плоды въ % или въ погашеніе долга.

Впрочемъ, и римская ипотека, какъ и вообще римскій залогъ, имѣла здоровое ядро, которое и осталось вѣчнымъ; римская ипотека была абсолютнымъ вещнымъ правомъ, въ силу котораго кредиторъ удовлетворялъ себя изъ цѣны заложеннаго предмета. Абсолютная природа римской ипотеки, дозволявшая, въ противоположность neuere Satzung, свободную циркуляцію недвижимостей безъ ущерба для ипотеки, и то, что послѣдняя поражала цѣновую сторону предмета, и представляютъ, въ своемъ сочетаніи, здоровое и вѣчное въ римской ипотекѣ.

---

[1]) Вѣроятно и римское право пришло къ традиціи въ процессѣ какого-нибудь специфическаго нездороваго перерожденія, какъ объ этомъ и высказываютъ догадки Roscher, Mascher и Willmans, впрочемъ, догадки, мало объясняющія дѣло.

Самобытную особенность римской ипотеки, какъ и залога вообще, составляло то, что кредиторъ имѣлъ непосредственное отношеніе къ заложенному предмету, при случаѣ отбиралъ его и самъ своими средствами отчуждалъ. Кромѣ того, въ Римѣ право ипотеки, какъ и залога вообще, было акцессорнымъ къ личному требованію, обезпеченному ипотекой или залогомъ. Такъ что реальная обезпеченность была субсидіарной къ личному кредиту.

Но уже совершенно страннымъ представляется въ римскомъ правѣ то, что и въ отношеніи ипотеки римское право не различаетъ движимостей и недвижимостей, хотя различіе обѣихъ категорій вещей въ дѣлѣ обезпеченности кредита уже совсѣмъ очевидное. На этомъ, отъ рожденія хрупкомъ, тѣлѣ постепенно въ эпоху упадка римской культуры наросли неизлѣчимые наросты, отъ которыхъ и послѣдовало банкротство всей организаціи въ самомъ Римѣ.

Въ римскомъ правѣ эпохи упадка ипотека была организована слѣдующимъ образомъ. Ипотека возникала въ силу простого соглашенія установителя ипотеки, собственника обременяемаго ипотекой предмета, и кредитора. Никто посторонній не имѣлъ никакой возможности узнать, что на томъ или другомъ предметѣ покоится право ипотеки. Если и существовала обязанность собственника объявить пріобрѣтателю предмета или новому ипотечному кредитору о лежащихъ уже на предметѣ ипотекахъ, то это не спасало пріобрѣтателя или слѣдующаго ипотечнаго кредитора отъ ущерба, разъ только собственникъ умалчивалъ о лежащихъ на имѣньѣ ипотекахъ. Новый собственникъ не менѣе отвѣчалъ по лежащей на предметѣ ипотекѣ, хотя-бы послѣдняя и не была ему вовсе извѣстна до момента предъявленія ипотечнымъ кредиторомъ своего ипотечнаго притязанія на имѣнье. Послѣдующій ипотечный кредиторъ также не болѣе имѣлъ правъ изъ пріобрѣтенной имъ послѣдующей ипотеки оттого, что собственникъ умолчалъ о ранѣе установленныхъ на имѣнье ипотекахъ въ пользу другихъ кредиторовъ. Пріоритетъ договорныхъ ипотекъ всегда опредѣлялся моментомъ установленія ихъ.

Но, кромѣ договорныхъ ипотекъ, римское право знало цѣлый рядъ законныхъ ипотекъ; эти ипотеки были дѣйствительны и тогда, когда собственникъ самъ не зналъ объ нихъ ничего.

Многія законныя ипотеки были генеральными ипотеками, поражавшими все имущество должника.

Многія законныя генеральныя ипотеки были привиллегированными, т. е. удовлетворялись при конкуренціи напередъ всѣхъ, даже раньше ихъ установленныхъ договорныхъ ипотекъ. Отсюда—собственникъ, самый добросовѣстный, не имѣлъ никакой возможности предостеречь кредитора отъ ущерба. Пусть онъ открыто и честно заявилъ кредитору, что на его имѣньѣ не покоится ни одной ипотеки или покоится столько-то ипотекъ; пусть кредиторъ именно въ разсчетѣ на это ссудилъ его суммой подъ обезпеченіе извѣстнымъ предметомъ,—разъ только наступили въ лицѣ собственника условія, влекущія привилегированную ипотеку на его имущество,—все измѣнилось: собственникъ могъ стать банкротомъ, и самые строгіе разсчеты кредитора рушатся.

Зло отъ безпорядочной организаціи ипотеки заявило себя уже въ Римѣ, и тамъ уже императоръ Левъ дѣлаетъ шагъ къ системѣ публицитета ипотекъ, им. въ конституціи отъ 469 г. (L. 11 C. qui pot. in pign. 8, 18). Но шагъ былъ крайне неудачный. Конституція объявляетъ за привиллегированную ипотеку, совершенную въ судѣ или передъ 3-мя свидѣтелями, иначе hypotheca publica и quasi publica. И въ то же время конституція не принимаетъ никакихъ мѣръ къ тому, чтобы этотъ публицитетъ оказывалъ услуги обороту; она не опредѣляетъ, какія установленія и по какой формѣ совершаютъ акты ипотеки, даже не пріурочиваетъ совершенія ипотечныхъ актовъ къ мѣсту нахожденія недвижимостей. И уже вовсе конституція не затрогиваетъ законныхъ и привилегированныхъ ипотекъ. Словомъ, она совершенно не даетъ организаціи, при которой получилась бы легкая обозримость полнаго состава правоотношеній по недвижимости, а только это дѣлаетъ обезпеченнымъ оборотъ реальнаго кредита. Мѣра сводилась къ простой регистраціи, въ доказательной формѣ, установленія ипотеки. Но конституція внесла еще новую категорію привилегированныхъ ипотекъ. И если римская ипотека и безъ того уже не имѣла жизненной атмосферы, то конституція Льва уже вовсе добила продуктивную силу живого права и привела къ полной безкредитицѣ [1]). Привилегія одна за другой, привиллегія одна надъ другой такъ продырявили систему обезпеченности, что законодательство римское само, въ концѣ концовъ, должно было выдать себѣ testimonium paupertatis, им. въ Nov. 72, которая запрещаетъ опекунамъ помѣщать деньги подопечныхъ подъ какія-либо залоговыя обезпеченія, изъ опасенія утраты капиталовъ, вслѣдствіе ненадежности такихъ обезпеченій. Лучшимъ средствомъ сбереженія Nov. признаетъ храненіе капиталовъ малолѣтнихъ въ сундукахъ опекуновъ безъ всякой пользы, такъ какъ тогда малолѣтній получитъ хотя то, что онъ имѣетъ. „So stockt bei einem schlechten Hypothekensystem das Blut in den Adern des Staates, während kräftige, einfache Gesetze über diesen Punkt Regsamkeit und frisches Leben durch alle Theile des Ganzen verbreiten“ (Thibaut, Civ-Abh. Heidelberg 1814, стр. 309).

Въ виду такой-то организаціи римской ипотеки, въ литературѣ вопроса мы и встрѣчаемъ совершенно вѣрную точку зрѣнія, что римляне вовсе не знали настоящаго реальнаго кредита (гдѣ капиталистъ вѣритъ имѣнію), а знали только личный кредитъ, гдѣ должникъ представляетъ чисто личныя гарантіи капиталисту и, лишь для усиленія личныхъ гарантій, обязывается и имѣньемъ [2]).

И этотъ плодъ разлагающейся античной культуры получилъ, вмѣстѣ съ другими римскими правовыми организаціями, въ началѣ новаго времени доступъ въ право новыхъ народовъ. Посмотримъ теперь, какъ римское право повліяло въ изслѣдуемой области на право новыхъ народовъ.

---

[1]) Mascher, 84.
[2]) Dernburg, Das preuss. HR. Leipzig. 1891, II стр. 2.

ГЛАВА II.

Вліяніе римскаго права на національное французское.

§ 18. Судьбы Nantissement.

Во Франціи римское право водворилось гораздо раньше, чѣмъ въ 2-хъ другихъ, разсматриваемыхъ нами, странахъ, и пустило наиболѣе глубокіе корни, особенно на югѣ и въ центрѣ страны. Именно въ процессѣ рецепціи римскаго права и образовалось дѣленіе Франціи на pays de droit écrit, область наибольшаго господства римскаго права, и pays de droit coutumier, гдѣ вліяніе римскаго права было нѣсколько слабѣе [1]).

Производный способъ пріобрѣтенія собственности на недвижимости потерпѣлъ въ области дѣйствія римскаго права прежде всего то коренное измѣненіе, что онъ пересталъ быть публичнымъ. Nantissement палъ на югѣ и въ центрѣ Франціи, уступивъ мѣсто негласной римской традиціи [2]). Получила полное дѣйствіе и эвикція.

Но и на этомъ процессъ измѣненій не остановился. Традиція заступила мѣсто національной dessaisine-saisine. Но какъ dessaisine-saisine ко времени вліянія римскаго права была отвлеченной операціей, такъ и римская традиція. И не стоило многихъ усилій, чтобы эти отвлеченности замѣнить новыми, еще болѣе отвлеченными. Это и произошло. Постепенно традиція превращалась въ одну только оговорку, помѣщаемую въ личномъ договорѣ о пріобрѣтеніи недвижимости,—превратилась въ clause de desaissine-saisine. Вѣрность оборота не проигрывала отъ того больше, чѣмъ отъ традиціи, а хлопоты по традиціи сберегались. Къ этой оговоркѣ иногда присоединялась въ договорѣ купли оговорка о constitutum possessorium или о прекаріи—clause de constitue, clause de précaire. А когда оговорки вошли въ обычай, ихъ стали просто подразумѣвать молчаливо и вездѣ тамъ, гдѣ ихъ пропускали. И вотъ, уже Domat [3]) подразумѣваетъ la clause de précaire въ договорѣ купли и тамъ, гдѣ она не выражена, а о куплѣ говоритъ, что она „transfere la propriété", что она „renferme le consentement du vendeur que l'acheteur se mette en possession". Такому теченію юридической мысли содѣйствовало и вновь народившееся научное теченіе естественнаго права. Гроцій и Пуфендорфъ съ точки зрѣнія естественнаго права проповѣдывали правильность перехода собственности путемъ простаго соглашенія. Эта идея проникла и въ нѣкоторые coutumes, напримѣръ, coutume de Châlons, которые признавали, что, по крайней мѣрѣ, недвижимости-аллоды могутъ быть передаваемы въ собственность пріобрѣтателю путемъ простаго соглашенія отчуждателя.

---

[1]) См. къ настоящему очерку общія замѣчанія у Viollet, стр. 17, 149, 604, 680, 731 и друг.

[2]) Viollet, 610.

[3]) Domat, Lois civiles, part. I. liv. I. tit. 11. sect. 2 nº 8.

Этому господствующему теченію уже не могли противиться отдѣльныя личности, хотѣвшія стоять на строго римской точкѣ зрѣнія, какъ, напр., Pothier [1]). И Code covil не оставалось ничего иного, какъ провозгласить господствующее мнѣніе (arts. 1138, 1583) [2]). Все это теченіе не затронуло лишь феодальныя отношенія. Переходъ феодальныхъ имѣній былъ дѣйствителенъ въ отношеніи феодальнаго господина только тогда, когда онъ сопровождался ensaisinement. Но послѣдній уже не имѣлъ значенія публицитета и не оказывалъ дѣйствія на отношенія 3-хъ лицъ, а только на отношенія сеньора и вассала [3]).

§ 19. Судьбы Engagement.

Engagement, въ свою очередь, потерпѣлъ подъ вліяніемъ римскаго права коренныя измѣненія. Мы уже видѣли раньше, какъ изъ этого института, черезъ посредство прекарія, образовалась рента. Но и рядомъ съ рентой онъ продолжалъ еще существовать до времени. Подъ сильнымъ вліяніемъ римскаго права онъ выродился въ двѣ организаціи. Суровый engagement, или Mortgage выродился въ настоящую продажу съ правомъ выкупа, а мягкій видъ его, или Vifgage—въ римскую организацію-антихрезу. Публицитетъ установленія института палъ еще раньше, до перерожденія. Практическаго значенія, однако, эти выродки не имѣли. Все значеніе переходило издавна уже къ ипотекѣ [4]).

§ 20. Судьбы французской ипотеки.

Этотъ институтъ уже совершенно романизовался въ странахъ писаннаго права [5]).

1. Прежде всего ипотека стала тамъ негласной и устанавливалась простымъ соглашеніемъ сторонъ. Nantissement—палъ [6]).

Но развитіе идеи пошло дальше. Въ то время, какъ сначала требовалось хотя выраженіе воли для созданія ипотеки спеціальной и генеральной, потомъ укоренился обычай вставлять въ договоръ объ обязательствѣ оговорку о генеральной ипотекѣ. Со временемъ оговорка стала простой clause de style, и стали принимать ее подразумѣвающейся само-собою даже тамъ, гдѣ ее пропустили. Отсюда народился принципъ: всякое обязательство само собою влечетъ генеральную ипотеку. Но для этого обязательство должно быть облечено въ оффиціальную форму.

Рядомъ съ этимъ продолженіемъ римской идеи шла другая вѣтвь образованія, родственная. Именно, частный актъ обязательства, самъ по себѣ уже

---

[1]) Pothier. Traité du droit de domaine de propriété n° 245.

[2]) Весь очеркъ процесса изложенъ у Viollet, 609—611

[3]) Viollet, 610.

[4]) См. Viollet, 735—36.

[5]) Яркую картину романизаціи представляетъ трактатъ Negusantius, Tractatus perutilis de pignoribus et hypothecis... in vico Bercariali. 1540.

[6]) Viollet, 737, 38.

лишенный способности влечь ипотеку ipso jure, будучи явленъ въ судъ и подтвержденный въ судѣ должникомъ или провозглашенный судомъ за подлинный, влечетъ впредь ипотеку. Но судъ не творитъ тутъ ипотеки, онъ только провозглашаетъ ипотеку, содержавшуюся въ частномъ актѣ [1]). Послѣ же признанія генеральной ипотеки, вытекающей изъ судебнаго акта или явленнаго акта, было не далеко и до признанія генеральной ипотеки за приговоромъ суда всякаго рода, если только приговоръ осуждаетъ сторону къ уплатѣ денежной суммы [2]).

Изъ римскаго права были усвоены во Франціи и законныя генеральныя привилегированныя ипотеки, возникающія уже въ силу самого закона [3]).

2. Римское начало, что ипотека мыслима одинаково на недвижимости и движимости, тоже нашла себѣ примѣненіе въ странахъ писаннаго права и въ нѣкоторыхъ странахъ обычнаго права, но, въ общемъ, слабое. Именно, оно было ослаблено началомъ французскаго права: les meubles n'ont pas de suite par hypothèque; ипотека на движимость давала только право предпочтенія, но не давала права преслѣдованія вещи кредиторомъ въ 3-хъ рукахъ. Въ большинствѣ же странъ обычнаго права удержалось французское начало, по которому ипотека допускается только на недвижимость.

Сначала различались по своему дѣйствію генеральная и спеціальная ипотека. Первая давала въ ограниченныхъ предѣлахъ право преслѣдованія вещи и вовсе не давала права предпочтенія. Вторая давала издавна оба правомочія. На рубежѣ 16—17 вв. оба вида ипотеки были уравнены по своему дѣйствію, такъ что въ спеціальной ипотекѣ не было болѣе рѣшительно никакой надобности.

3. Осуществленіе ипотеки сохранилось національное: недвижимость отчуждалась по требованію кредитора въ порядкѣ судебнаго экзекуціоннаго производства [4]).

§ 23. Рента.

Римское право не знало этого института; условія перестали ему благопріятствовать съ развитіемъ ипотеки,—и вотъ институтъ ренты, подъ вліяніемъ римскаго права, начинаетъ превращаться въ ипотеку. Какъ мы уже знаемъ, рента издавна допускалась церковью только на землю; рента на лицо запрещалась, какъ лихоимство, и была рента, по общему правилу, вѣчной, по исключенію—пожизненной. Но вотъ du Moulin первый допускаетъ ренту на лицо, а въ то же время провозглашаетъ и ренту на землю за личный долгъ, которому недвижимость служитъ только обезпеченіемъ. Парижскій парламентъ въ 1557 г.

---

1) Ordonnance de Villers-Cotterets, 1539.

2) Ordonnance de Moulins, 1566.

3) Ко всему сказанному см. Viollet, 741—44.

4) См. къ изложенному Viollet, 736—737, 740—745.

подтвердилъ идею du Moulin о природѣ ренты. Церковь была безсильна въ своихъ протестахъ. Реформированныя coutumes примыкаютъ къ новой идеѣ,—и рента исчезаетъ во Франціи, превратившись въ ипотеку [1]).

Но въ странахъ обычнаго права сѣверо-востока Фринціи средневѣковая организація вотчинно-ипотечнаго режима удержалась до самой революціи.

ГЛАВА III.

Вліяніе римскаго права на германское.

§ 22. Судьбы Auflassung.

Въ Германіи римское право водворилось сравнительно позднѣе, но вліяніе его и тутъ было не менѣе колоссальное.

Римская негласная традиція заступила и тутъ мѣсто германской публичной Auflassung. Получила полное дѣйствіе и эквиція. Gevere превратилась въ possessio [2]). Дальше этого въ Германіи дѣло не пошло, хотя уже въ 1865 г. Берлинское юридическое общество, въ критикѣ на проекты вотчиннаго режима 1864 г., предлагало ради принципіальнаго объединенія права всѣхъ вещей, движимыхъ и недвижимыхъ, усвоеніе французскаго начала, по которому всѣ вещи пріобрѣтались бы по одному простому соглашенію сторонъ, безъ всякой традиціи и записи въ книгу [3]). Но это было уже такъ несвоевременно, что предложеніе не имѣло никакихъ послѣдствій.

Исчезла и запись въ книгу, а гдѣ она еще удержалась,—она романизовалась, т. е. превратилась въ регистрацію съ доказательной силой, и не была обязательна. Самыя книги приходили въ упадокъ, не содержали полной картины правоотношенія имѣній и, конечно, не обезпечивали вѣрности оборота [4]).

Лишь въ исключительныхъ случаяхъ средневѣковая организація благополучно пережила натискъ римскаго права,—это главнымъ образомъ на сѣверѣ Германіи, въ Мекленбургскихъ городахъ [5]), отчасти въ Бременѣ.

§ 23. Судьбы aeltere Satzung.

Эта форма реальнаго кредита и въ Германіи постепенно превращается въ антихрезу и конструируется какъ антихреза, при чемъ, первое время

---

1) См. ко всему изложенному Viollet, 682 - 83.

2) Mascher, 79, 91; Stobbe, 196.

3) См. Bericht der Commission des Berliner Juristischen Gesellschaft. Berlin 1865.

4) Mascher 91—92.

5) Mevius Comm. in ïus lub. Francofurti ad Moenum. M. DC. LXIV. III. 4 Art. I. n. 64—65, стр. 75, констатируетъ тамъ практику Verlassung и вызывного производства въ теченіе Jahr. u. Tag. съ преклюзіей правъ вещно-управомоченныхъ. Также art. II. n⁰ 50, стр. 82: даже адъюдикація недвижимости для дѣйствительности своей сопровождается abdicatione coram senatu et inscriptione in librum publicum.—Ср. также Stobbe, 194 — 196, Mascher, 88—89.

установительный актъ еще снабжается оговорками, отличающими послѣдствія aeltere Satzung отъ послѣдствій антихрезы [1]).

1. Возникаетъ теперь aeltere Satzung, по общему правилу, простымъ соглашеніемъ сторонъ; запись въ книгу не обязательна болѣе, и, совершонная, запись имѣетъ то же значеніе регистраціи и тѣ же послѣдстія, какія уже отмѣчены въ очеркѣ Auflassung.

Сравнительно большее сопротивленіе романизаціи оказало Мекленбургское право. Когда подъ вліяніемъ римскаго права и въ Мекленбургскихъ городахъ стали исчезать вотчинныя книги, правительство неоднократно и настойчиво повторяетъ требованіе [2]), чтобы aeltere S. совершалась передъ судомъ или городской думой и записывалась въ оффиціальную книгу, которой приписывается прежнее значеніе. Мотивомъ служила опасность института aeltere S. для сельскаго хозяйства. Мѣры имѣли успѣхъ, и изъ сообщеній Мекленбургскихъ городовъ отъ 1589 г. мы узнаемъ, что не только тамъ уцѣлѣли старыя книги, но мѣстами послѣднія были заведены вновь, съ прежнимъ значеніемъ [3]).

Однако, господствующее теченіе юридической мысли имѣло иное направленіе, и два авторитетныхъ теоретика 17 в., Мевіусъ и Торновіусъ, толкуютъ національную вотчинную организацію въ римскомъ смыслѣ, ссылаясь и на судебную практику [4]).

---

[1]) Churfürstlich-Mayntzische Land-Recht 1755 T. XIX § 7; Tornovius, Tractatus de feudis Mecklenburgicis 1708 I, 568; Roth, Meckl. Lehnr. § 72, 76 пр. 1; Meibom, Meckl. HR. Leipzig. 1871, стр. 3, 4; Stobbe, 319. Особенно же Der Hertzogthümer Meckl. entworffenes Land-Recht. Durch D. Mevius (изъ 17 в.). Tit. XV (ч. III). Von Pfänden, особ. §§ 5—21. Этотъ проектъ содержитъ чистѣйшее римское право, хотя антихреза въ немъ и стоитъ рядомъ съ aeltere Satzung.

[2]) Pol-Og 1516 (Bärenspruchsche Sammlg. Meckl. Landesgesetze IV, 14) и Pol-Og 1562 (eod. IV, 62).

[3]) Westpalen, I, 2049 и слѣд.

[4]) Mevius въ своемъ Commentarii in ius lubecense. Francofurti ad Moenum. M. DC. LXIV, III, 4 art. 1. Revid. Lubsches Recht 1586 недвусмысленно повторяетъ Art. 115 древняго Люб. прав. 1240 г., содержащаго среднев. герм. право: „Woll jemand seine liegende Gründe vnd Stehende Erbe versetzen (oder verpfänden) der soll es thun vor dem Rath so ist es kräfftig vnd beständig"... Мевіусъ же, переводя предварительно art. на латинскій языкъ (такое было время, что комментаторы, для толкованія родного права, переводили родную рѣчь на латинскій языкъ), толкуетъ: (n⁰ 43) Effectus hujus solennitatis (т. е. записи) exprimitur verbis: „So ist es kräfftig vnd beständig", quo respicitur ad praerogativam, quam ea hypotheca habet contra ceteros hypothecarios, utut tempore anteriores... n⁰ 58: num solo privatorum consensu constituta hypotheca in bonis immobilibus plane invalida et nulla sit?... Ego hoc ex usu potius quem observatio judicialis intraduxit, quam ex meritis verbis decidendum reor. Ex illo vero obtinuit, quod respectu aliorum creditorum publicam hypothecam ex praescripto statuti habentium saltem haec dispositio obtineat, ut nempe hi semper praeferantur, etsi tempore posteriores, non vero quo ad debitorem vel ejus haeredes, quos ex nuda consensu aeque obligat, atque si legitime juxta statutum libro publico inserta... n⁰ 60: Idem persuadet juris ratio, quae creditorum securitatem praecipue concernit, non vero debitorum compendia"... Tornovius въ Tractatus de feudis Meclenburgicis. Güstroviae et Lipsiae 1708. I. 450 стр. § XVI п. 1—4 повторяетъ короче ту же идею. Въ доказательство ея и онъ приводитъ рядъ судебныхъ рѣшеній.

2. На имѣнье, переданное въ aeltere Satzung, сохраняются впредь не только привилегированныя молчаливыя ипотеки, но и договорныя старѣйшія, хотя-бы и не заявленныя при установленіи aeltere Satzung [1]).

3. При осуществленіи права залога въ случаѣ неудовлетворенія кредитора, aeltere Satzung опять сблизилась съ ипотекой. Когда на имѣньѣ, кромѣ aeltere S., тяготѣетъ еще ипотека, залоговый кредиторъ можетъ потребовать экзекуціи недвижимости [2]). Но и по aeltere Satzung имѣнье, въ случаѣ невыплаты кредитору капитала, не просто остается у кредитора, имѣющаго на имѣнье aeltere S., а либо отчуждается съ торговъ, либо присуждается кредитору [3]), въ порядкѣ особаго экзекуціоннаго производства [4]). Въ конкурсѣ кредиторъ съ aeltere Saltzung не имѣлъ никакихъ иныхъ преимуществъ, кромѣ хронологической послѣдовательности [5]).

Впрочемъ, и въ Германіи не ей принадлежало впредь практическое значеніе, а ипотекѣ.

§ 24. Судьбы германской ипотеки (neuere Satzung).

Мы уже видѣли, что neuere Satzung не успѣла развиться ко времени рецепціи римскаго права и даже не принадлежала къ средневѣковой системѣ вещныхъ правъ. И далеко не вездѣ, поэтому, возникала публично. Тѣмъ легче и скорѣе она слилась въ общемъ и цѣломъ съ римской ипотекой, удержавъ лишь нѣкоторыя національныя германскія особенности [6]).

1. Возникаетъ договорная ипотека теперь, по общему правилу, путемъ частнаго соглашенія. Но, по исключенію, она возникаетъ и записью въ книгу. Обыкновенно, эта запись не требовалась по мѣсту нахожденія вещи, а могла быть совершена гдѣ угодно [7]). По исключенію, требовалось совершеніе ея въ судѣ rei sitae [8]). По правилу, книги уже не были спеціальными для залоговъ,

---

[1]) Тотъ же Мевіусъ въ проектѣ Мекл. Ландрехта, tit. XV ч. III. Von Pfänden § 8 перечисляетъ молчаливыя ипотеки, подразумѣвая, что онѣ обременяютъ и отданную на правѣ aeltere S. недвижимость, а въ Комментаріи на Люб. право, art. I, онъ, безъ различія видовъ залога, опредѣляетъ римскій порядокъ ранговъ залога. Но самое убѣдительное доказательство содержитъ эдиктъ отъ 10 окт. 1771. (Raabe, Gesetzsammlung für die Meckl-Schwer. Lande, II Folge I стр. 32), согласно коему антихреза уступаетъ простой старѣйшей ипотекѣ. Это начало, что владѣніе не опредѣляетъ болѣе пріоритета владѣльца, часто встрѣчается въ источникахъ эпохи рецепціи. Впрочемъ, значеніе его не исчерпывается сказаннымъ. Оно заявляетъ себя еще при конкурренціи претензій въ конкурсѣ.

[2]) Der Hertzogthümer Meckl. entworfenes LR. Durch Mevius ч. III тит. XV § 10.

[3]) Der Herz. Meckl. entw. LR. § 15 и слѣд. Commentarii ad jus lub. art. 2 nn^{00} 48—62. Meibom, Das Mecl. HR., 4, 5 стр.

[4]) Commentarii ad Art. II, №№ 20, 50.

[5]) Der Herz. Meckl. entw. LR. § 10, Edict 1771 y Raabe, I, 1 стр. 32, и др.

[6]) Meibom, Das Meckl. HR, 4 стр., Mascher, 4 гл., Stobbe, 316 и слѣд. Особенно же Mevius, Der Hertz. Meckl. entworffenes LR. ч. III, tit. XV. Von Pfänden (y Westphalen, I, 793) и Commentarii, ч. III, tit. IV. De pign. et hyp. Art. 1 слѣд. Кое-что у Petri Tornovii tractatus de feudis Mecl. I, 450 § XVI.

[7]) Прусское право (см. слѣд. кн.).

[8]) Мевій, Comm. in jus lub. III 4. Art. 1. n^{0} 24 28.

а были общими, для всякаго рода сдѣлокъ, такъ что въ нихъ не было возможности установить правоотношенія даннаго имѣнья [1]). По исключенію велись специальныя книги залоговъ [2]). Нигдѣ запись не была условіемъ дѣйствительности ипотеки, а давала лишь преимущества праву, подобно римскому actus publicus [3]). Подобно послѣднему, съ другой стороны, запись не исключала въ конкурсѣ предпочтенія записаннымъ ипотекамъ молчаливыхъ законныхъ привилегированныхъ ипотекъ [4]).

Кое-гдѣ договорная ипотека требуетъ для своего возникновенія содѣйствія власти. Тутъ власть изслѣдуетъ отношеніе со стороны правомѣрности его и даже со стороны экономической надежности въ интересѣ кридитора. При чемъ сомнѣнію и колебанію былъ подверженъ вопросъ о томъ, отвѣчаетъ ли власть за экономическую годность ипотеки, или только за ея правовую дѣйствительность. Мевіусъ держался второго взгляда для Любека; первый былъ представленъ нѣкоторыми баварскими мѣстными правами [5]).

Превратившись изъ способа возникновенія въ условіе для привилегированнаго положенія, запись ипотеки требуетъ теперь особаго соизволенія должника, или хотя clausula intabulandi [6]). Генеральная ипотека возникаетъ теперь одинаково со специальной, насколько она поражаетъ недвижимость [7]).

Изъ римскаго права были усвоены и законныя ипотеки, специальныя и генеральныя, простыя и привилегированныя, тогда какъ до знакомства съ римскимъ правомъ германское право знало лишь отдѣльныя единичныя законныя ипотеки.

Но римскими категоріями молчаливыхъ законныхъ ипотекъ не удовлетворились, а создали въ римскомъ духѣ рядъ новыхъ ипотекъ: подрядчикъ получилъ ипотеку на домъ, выстроенный имъ; продавецъ — на проданное имѣнье до уплаты цѣны. Довели до крайности и генеральный залогъ, признавъ его, напр., за фискомъ по случаю даже штрафныхъ требованій фиска. Право фиска по поводу его налоговыхъ требованій даровали и общинамъ, и матримоніальной власти и т. д. По образцу римскихъ малолѣтнихъ получили

---

1) См. Прусск. право (слѣд. кн.).

2) Meibom, Das Meckl. HR., 6 стр.: въ Ростоккѣ, Висмарѣ, Mascher: въ Гамбургѣ, Бременѣ.

3) Это начало стало едва-ли не универсальнымъ, какъ читатель увидитъ изъ слѣд. кн. См. еще Mevius, Commentarii in jus lub. III 4. Art. 1 n⁰ 43, 58 и др. Meibom, Das Meckl. HR., стр. 7, Codicillus v. 1589 у Westphalen, I 2049 и слѣд.: сообщенія изъ Boizenburg, Malchim, Parchim, Teteraw, Sternberg.

4) Тоже едва-ли не универсальное начало, какъ увидимъ изъ слѣд. кн. См. пока Codicillus у Westphalen, I, 20, 43: Mevius, Commentarii, III 1 art. 12 n⁰ 62 и слѣд.; Meibom, Das Meck. HR., 6 и др.

5) Stobbe, 320, Mascher, 4 гл., Meibom, 2 стр. Особенно же Mevius, Comm. III 4. Art. 1. nn⁰⁰ 2—50 и 52—57. О Бав. пр. у Regelsberger, Das Bayr. HR., первые §§ n. и еще Verhandlungen der zweiten Kammer der Ständeversammlung zu Bayern. München, 1819, 1822, въ разныхъ мѣстахъ.

6) Mevius, Comm. l. d. nn⁰⁰ 6—23.

7) Eod. nn⁰⁰ 15—16.

молчаливую генеральную ипотеку и фискъ, церковь, община, юридическое лицо, piae causae, школы, цехи на имущество чиновниковъ и управителей и т. д. и т. д. [1]).

Всѣ эти ипотеки возникали теперь уже безусловно безъ всякой записи ихъ въ ипотечную книгу [2]). Только для установленія ихъ на ленъ требовалось соизволеніе на это леннаго господина [3]).

2. Правоотношеніе ипотеки стало чисто римское [4]). Отъ германской ипотеки осталось только то, что ипотека не допускается на движимости. Но ипотека признается акцессорнымъ правомъ, вещнымъ и абсолютнымъ [5]). Но отмѣнили въ римскомъ правѣ exceptio excussionis владѣльца вещи на искъ кредитора [6]). Съ другой стороны, отмѣнили въ германской neuere S. какъ начало, что должникъ отвѣчаетъ передъ кредиторомъ однимъ только залогомъ, такъ и начало, что на вещь допускается только одна ипотека [7]).

3. Осуществленіе ипотеки потерпѣло то измѣненіе, что, по примѣру римскаго права [8]), отмѣняется lex commissoria и замѣняется началомъ отчужденія. Но отчужденіе вводится не по римскому образцу, а по германскому, именно публичное, судебное [9]).

При конкуренціи спеціальной и генеральной ипотеки кредиторъ осуществляетъ сначала спеціальную ипотеку и, уже въ случаѣ неполнаго удовлетворенія,—генеральную [10]). Порядокъ удовлетворенія кредиторовъ крайне запутанный, отъ путаницы разныхъ видовъ залога и привилегій [11]).

§ 25. Рента.

И въ Германіи рента въ силу тѣхъ же условій, какъ во Франціи, вырождается въ ипотеку. Rentenkauf третируется какъ залогъ имѣнья за рен-

---

[1]) Прусское право еще въ началѣ 19 ст. знало 40 случаевъ зак. залога и 39 случаевъ cautiones, на основаніи которыхъ допускался залогъ помимо воли должника. См. Gesetz-Revision, Pensum III. Entwurf 1829, т. I. Mevius, Der Hertz. Meckl. entw. LR. III t. XV § 8 знаетъ 15 случаевъ законной ипотеки.

[2]) Mevius, eod., Meibom. Das Meckl. HR., стр. 6.

[3]) Petri Tornovii tractatus de feudis Mecl. Güstrowiae et Lipsiae. 1708. I стр. 450 § XVI.

[4]) Mevius въ своемъ проектѣ, III, XV, § 1—4, выражается римскими оборотами.

[5]) Ср. Stobbe II, 317.

[6]) Stobbe, 318. Но не вездѣ, см. проектъ Мевіуса, III, XV, § 32.

[7]) Stobbe, 318.

[8]) „Wider die beschriebene Rechte“, Polizei.—Orgen. (см. слѣд. прим.).

[9]) Polizei-Od. 1562 (Bürenspruchsche Sammlung Meckl. Landesges. IV 62 стр.), Pol. Og. 1572 (Samml. aller. f. d. Gr.-Her. Meckl.-Schw. gült. L.-Ges. Wismar. 1834, I, 43 стр. Ср. Meibom, Das Meckl. HR., 4. Stobbe, II, 320. Der Hertz. Meckl. entworf. LR. Durch. Mevius, III. XV § 10—22; Commentarii, его-же, Art. II, nn° 1—62. Послѣдніе два памятника содержатъ обстоятельную картину экзекуціи на недвижимость.

[10]) Проектъ Мевіуса. III. XV § 19.

[11]) О прусскомъ правѣ Gesetz-Revision. Pensum III. Entwurf. 1829, Th. I. Вообще у Stobbe, 326. Ср. еще Cidicillus у Westphalen, I, 2049: сообщеніе изъ Friedl., Güstraw, Parchim, Neubrandenbourg, Plau, Bibbenitz, Sternberg.

ту [1]). Экзекуція рентъ выражается въ публичной продажѣ имѣнья за ренту и уплатѣ кредитору капитализованной суммы; излишекъ же возвращается должнику. Должникъ отвѣчаетъ за ренту и прочимъ своимъ имуществомъ. При переходѣ имущества, обремененнаго рентой, въ 3-и руки, пріобрѣтатель отвѣчаетъ, по правилу, только обремененной недвижимостью, а прежній собственникъ отвѣчаетъ лично. Различіе между рентой и ипотекой осталось только то, что рентный кредиторъ не можетъ востребовать капиталъ. Но и это право онъ получаетъ въ случаѣ mora debitoris по уплатѣ ренты [2]). Рента тоже уступила практическое значеніе ипотекѣ.

Въ Германіи роль охранителей національнаго вотчинно-ипотечнаго режима, подобную сѣверо-восточнымъ французскимъ странамъ, съиграли нѣкоторые Мекленбургскіе города.

ГЛАВА III.

Вліяніе римскаго права на австрійское.

§ 26. Общія замѣчанія.

Какъ сходно было національное германское право въ Австріи и Германіи въ эпоху до рецепціи римскаго права, такъ сходенъ былъ и процессъ рецепціи и его итоги [3]).

И мы опять ограничимся для Австріи лишь очеркомъ судебъ богемскихъ LT., оказавшихъ сильное сопротивленіе романизаціи, хотя и на нихъ послѣдняя отразилась.

§ 27. Судьбы богемскихъ Landtafel въ эпоху рецепціи.

Рецепція римскаго права не остановила развитія LT., напротивъ, законодательство о LT. лишь воспринимаетъ отъ римскаго права его техническія достоинства. Этими именно достоинствами отличаются двѣ законодательныхъ мѣры, изданныхъ въ эпоху рецепціи: 1) Ferdinandi desz Dritten Declaratorien vund Novellen MDC XXXX [4]) и 2) Landtafliche Instruction im Kgr. Böhmen v. 21. Nov. 1652 [5]). Эти двѣ мѣры ставятъ институтъ Landtafel на высоту

---

[1]) Rostockaches Stadtrelt. 1757. Rostock. III ч. VIII тит. XV art. Giebt. er (установитель ренты) ihm (управомоченному по рентѣ) die Rente nicht, so mag der Rentner mit dem Hause als mit seinem Pfande verfahren. Ср. Meibom. 4 стр. Stobbe, II, 102.

[2]) Ко всему см. Stobbe, 1897, 102—105.

[3]) Марія Терезія въ Landtafel-Patent für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns отъ 27 Nov. 1758 (находится въ Codex Austriacus. Suppl. pars. V, стр. 1282) рисуетъ картину разстройства германской организаціи вотчиннаго оборота подъ вліяніемъ рецепціи римскаго права.

[4]) Полный титулъ: Der Röm: Kais. auch. zu Hungarn vnd Böhaimb, et Königlichen Majestät, Ferdinandi desz Dritten, et uber der Newen Landtsordnung desz Königreichs Böhaimb publicirte Königliche Declaratorien vund Novellen M. DC. XXXX.

[5]) Находится подъ № 162 въ Codex Ferd.-Leop.-Ios.-Carolinus... zusammengetragen v. Joh. Jacot. Equite de Weingarten. Prag. Anno M. DCC. XX.

ихъ развитія, на которой онѣ и послужили потомъ образцомъ для организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота въ другихъ австрійскихъ областяхъ.

Уже въ очеркѣ LT. за эпоху до рецепціи мы часто ссылались на оба эти памятника тамъ, гдѣ они повторяютъ прежнее право. Здѣсь отмѣтимъ лишь то новое, что они внесли въ исторію института.

Прежде всего Declaratorien und Novellen провозглашаютъ начало внутренняго публицитета пріобрѣтенія всякаго вещнаго права на недвижимость. И этимъ публичнымъ способомъ пріобрѣтенія они признаютъ только запись въ LT. [1]). Общее начало это развивается затѣмъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ институтамъ.

1. **Право собственности**. Тутъ открыто исключается всякое значеніе за негласной римской традиціей. Она не даетъ даже titulus possessionis, пригоднаго для пріобрѣтательной давности [2]). Тѣмъ болѣе, когда собственникъ одному лицу передаетъ по традиціи имѣнье негласно, а другому потомъ черезъ LT. устанавливаетъ aeltere Satzung,—послѣдняя признается дѣйствительной, первое же пріобрѣтеніе теперь не можетъ быть и записано въ LT. до тѣхъ поръ, пока не удовлетворенъ кредиторъ съ aeltere S. [3]). Очевидно и вопросъ о конкуренціи нѣсколькихъ титулованныхъ, производящихъ свой титулъ отъ одного собственника, рѣшается исключительно старшинствомъ записи въ LT. Пріобрѣтеніе собственности не только по сдѣлкамъ между живыми, но и по завѣщанію и по законному наслѣдованію, подлежитъ записи въ LT. Иначе пріобрѣтатели не имѣютъ никакого права распоряжаться недвижимостью [4]).

2. *Право ипотеки*. Тутъ вліяніе римскаго права сказалось въ томъ, что Declaratorien и Novellen знаютъ уже не только договорную, но и законную и судебную ипотеку. Однако ипотечный оборотъ сохраняетъ прежнюю національную организацію, лишь усовершенствованную памятникомъ.

---

[1]) Ee V: „Ferner setzen und ordnen Wir, dasz gleich wie von Alters herkommen, also auch hinführo die Landtgütter anders nicht, alsz mit der Landtaffel afficiret, vergeben noch verwendet werden können, also, dasz wann einer dem andern sein Landtgutt vbergeben, verpfenden, oder verschreiben wolte, so soll vnd kan er es anders nicht, alsz mit der Landtaffel thuen, vnd da auch gleich in einer verschreibung ein dergleichen verpfendung desz Guetts begrieffen wäre, so soll es doch eher vor kein Hypothec erkandt, noch die Gerichtliche hülff darüber ertheilt werden, es sey dann solche verschreibung der Landttaffel eingetragen worden.“

[2]) Ee X: „ Imgleichen soll auch kein jus possessionis weniger eintzige translatio dominij an einem Landtgueth statt oder würckung haben, auff einigerley weisz, es sey dann solches mit der Landtaffel vermercket vnd bestättiget worden, vund obschon einer dem andern ohne die Landtaffel ein Landtguth würklich abtretten thet vund die Vnterthanen demselben gar huldigen liesz, so soll doch solche possession oder translatio dominij nicht erkennet werden, noch einzige praescription sich darauff anfahen noch lauffen, sondern dasselbe Guth jmmerfort für desz jenigen eigen gehalten werden, auff welchen das Gueth in der Landtaffel lauten thuet, es würde dann erwiesen, dasz solches in fraudem Unsers Königleichen Fisci beschehen“.

[3]) Ee XI.

[4]) Ee XVI: „не только передъ LT, но даже и внѣ LT“.

Именно, всякая ипотека: договорная, законная или судебная возникаетъ и получаетъ дѣйствіе только съ записью ея въ LT [1]).

a) Договорная ипотека по прежнему устанавливается въ письменной формѣ, съ оффиціальнымъ характеромъ акта, причемъ сторонамъ предоставляется совершить договоръ объ ипотекѣ тоже въ установленіи LT. или и на сторонѣ, но тогда актъ уже долженъ быть подписанъ 2-мя свидѣтелями изъ высшаго сословія. Въ этомъ договорѣ ипотека должна быть открыто установлена, а сверхъ того еще должна быть помѣщена и clausul, что „кредиторъ управомочивается внести сдѣлку въ LT. когда ему угодно и притомъ даже въ отсутствіе должника“. Если актъ содержитъ ипотеку, но не содержитъ означенной clausula, все равно актъ не вносится въ LT. безъ королевской реляціи. Если же и ипотека не установлена открыто, актъ уже ни при какихъ условіяхъ не заносится въ LT, хотя бы и былъ совершенъ въ установленіи LT., такъ какъ онъ не ипотечный актъ [2]).

b) Законная ипотека признается за женою, когда при заключеніи брака совершается договоръ объ имущественныхъ отношеніяхъ между супругами [3]). О другихъ законныхъ ипотекахъ памятникъ умалчиваетъ.

c) Судебная ипотека признается за опредѣленіями судовъ, въ силу коихъ должникъ присуждается къ денежной суммѣ [4]).

Всѣ эти три основанія ипотеки являются только титулами; ипотека же самая возникаетъ лишь съ записью этихъ титуловъ въ LT., заботами интерессентовъ или суда (3-й случай) [5]).

3. *Общія формально-правовыя основы вотчинно-ипотечнаго режима* Novellen 1640 г. Памятникъ прежде всего настойчиво провозглашаетъ 4 основныхъ максимы, уже ранѣе извѣстныхъ институту LT, т. е. публицитетъ, спеціалитетъ, пріоритетъ, легалитетъ, но, сверхъ того, памятникъ даетъ имъ новое развитіе.

a) Публицитетъ. Все вышесказанное уже характеризуетъ это начало. Но сущности публицитета отвѣчаетъ и форма записи, вновь вводимой памятникомъ. Им. до сихъ поръ запись ипотеки и т. под. обремененій отмѣчалась только въ ипотечной книгѣ (Pfand—u. Verschreibungsquaterne); Declaratorien, сверхъ того, предписываютъ, чтобы кратко обремененія отмѣчались и въ вотчинной книгѣ (Kaufquaterne), противъ записи пріобрѣтенія собственности; это для того, чтобы новый пріобрѣтатель или кредиторъ могли бѣгло и легко узнать все правоотношеніе по недвижимости [6]). Вмѣстѣ съ этимъ провозглашается и начало публицитета книги. Когда лицо пріобрѣтаетъ имѣніе и въ моментъ пріобрѣтенія LT. не значилось на имѣніи никакихъ долговъ, а въ дѣйствительности имѣніе было обременено частной ипо-

---

1) Fe V, XVII, XVIII.
2) Ee VI—VIII.
3) Ee XVII.
4) Ee VIII.
5) Ee V, VI—VIII, XVII, XVIII.
6) Ee XII.

текой (privatim), пріобрѣтатель не отвѣчаетъ по этимъ частнымъ ипотекамъ. „Кредиторы имѣютъ дѣло тогда съ должникомъ и себѣ должны вмѣнить въ вину, что во-время не позаботились о записи своихъ ипотекъ“ [1]).

И наоборотъ, разъ кто значится по книгѣ управомоченнымъ, признается таковымъ въ дѣйствительности [2]) до тѣхъ поръ, пока не послѣдовало погашеніе записи, гласящей на его имя, или новой записи объ уступкѣ права.

Квиттировать записанный долгъ можно и внѣ установленія LT. Если квитанція содержитъ clausul о томъ, что должникъ можетъ записать ее въ LT. и погасить такимъ образомъ вполнѣ или отчасти ипотечный долгъ, установленіе это и выполняетъ. Если clausul нѣтъ, погашеніе слѣдуетъ лишь по реляціи короля [3]).

b) Специалитетъ получаетъ новое подтвержденіе въ записи бремени въ Kaufquaterne [4]).

c) Пріоритетъ точно устанавливается началомъ: „qui prior tempore, prior jure“ [5]), причемъ prior относится къ записи.

d) Легалитетъ умѣренный лишь отмѣчается въ Declaratorien, но развивается въ Landtäfliche Instruction 1652 г.

Кромѣ того, Declaratorien организуетъ на новыхъ, и уже римскихъ, началахъ какъ экзекуціонное [6]), такъ и конкурсное производство [7]).

§ 28. Итоги.

Результаты вліянія римскаго права на организацію вотчиннаго оборота и реальнаго кредита у новыхъ народовъ были, въ общемъ, крайне печальные. Въ цѣломъ читатель оцѣнитъ ихъ, прослѣдивъ дальнѣйшія главы настоящей работы. Но и здѣсь я укажу нѣсколько интересныхъ историческихъ данныхъ.

1. Во Франціи римское право и выросшія на немъ организаціи вотчиннаго оборота повлекли страшный разгромъ послѣдняго. Картину разгрома рисуетъ въ яркихъ краскахъ Loysseau, юристъ 17 в., въ своихъ „Les oeuvres“. Негласные переходы собственности и запутанная и такъ же негласная ипотечная система вызвали то, что ко времени Loysseau оборотъ недвижимостей и реальный кредитъ превратился буквально въ азартную игру. Никто, пріобрѣтая имѣніе, не былъ увѣренъ, что цѣна имѣнія уже не поглощена всецѣло ипотеками, или что имѣніе дѣйствительно принадлежитъ тому, кто выдаетъ себя за собственника его. Отсюда—не только полный упадокъ реаль-

---

[1]) Ee XIII.
[2]) Ee X, XIV.
[3]) Ee XV.
[4]) Ee XII.
[5]) Ee XVIII i. f.
[6]) Ff I.
[7]) Ee XXIX.

наго кредита, но и паденіе цѣнъ на недвижимости и полный застой оборота недвижимостей. Зло не отвѣчало уже болѣе и вызвавшимъ его условіямъ, ибо и тѣ, которые имѣли свободныя отъ долговъ недвижимости, терпѣли при отчужденіи ихъ не меньше, чѣмъ тѣ, которые, благодаря своей ловкости и изворотливости, давно извлекли изъ имѣнія, можетъ быть, неоднократную его цѣнность путемъ установленія ипотекъ. Больше страдали, конечно, честные владѣльцы съ чистыми имѣніями, чѣмъ недобросовѣстные съ обремененными. Съ другой стороны, и честные пріобрѣтатели попадались чаще въ сѣти недобросовѣстныхъ отчуждателей, чѣмъ промышленники по скупкѣ имѣній, спекулировавшіе на выгоду, которые всегда знаютъ ходы, чтобы пользоваться угнетеннымъ настроеніемъ оборота. Но лучше я приведу слова самого Loysseau. Очертивъ плачевное состояніе вотчиннаго оборота при дѣйствіи римской системы, Loysseau (стр. 82) говоритъ: „c'est pourquoy nous voyons arriver tous les jours du trouble aux tiers acquereurs, à causes des hypothèques précédentes: dont il se void quantité de bonnes maisons ruinées, non par mauvais ménage mais pour n'avoir pas assez scurement acheté. Et puis dire qu'il se trouvera plus de bons ménagers ruinez par ce moyen pour les debtes d'autruy, et pour avoir mal achepté, que de mauvais menagers pour leurs propres debtes, et pour avoir mal vendu: qui est ce qu'on dit en commun prouuerbe, „qu' il y a plus de fols achepteurs, que de fols vendeurs!“. Таковы были плоды той системы, которая признавалась идеальной сторонниками естественнаго права и справедливости, взиравшими на мѣры, требуемыя практической жизнью, какъ на посягательство на прирожденныя человѣческія права и на естественный божественный порядокъ.

Злу не помогала и выработанная практикой этого времени мѣра, носившая названіе „criées et decrets“ или decret volontier, т. е. совершаемое при отчужденіи недвижимости вызывное производство интерессентовъ съ преклюзіей правъ незаявившихся и очисткой недвижимости отъ этихъ правъ. „Декреты требуютъ времени и денегъ, а отчуждатель при нихъ все равно безпомощенъ. Декретъ вскрываетъ его долги, и не онъ, а кредиторы получаютъ цѣну вещи“ (Loysseau, 80). Но декреты неудобны и для публики, такъ какъ всякаго, можетъ быть заботливаго, кредитора, разъ только онъ не прослѣдилъ объявленій о вызовѣ, декретъ лишаетъ права.

Въ области реальнаго кредита въ эту же эпоху появляется во Франціи обычай фиктивныхъ привилегій, заключающійся въ слѣдующемъ: пріобрѣтатель недвижимости, въ виду возможной нужды въ кредитѣ, не платитъ отчуждателю цѣну вещи, а передаетъ ее 3-му надежному лицу. Послѣднее же отъ себя уплачиваетъ отчуждателю означенную цѣну, и отчуждатель цедируетъ ему на основаніи уплаты свою привилегію по поводу неуплаченной пріобрѣтателемъ цѣны имѣнія. Затѣмъ, это подставное 3-е лицо уступаетъ привилегію собственнику, и собственникъ, въ случаѣ надобности, легко добываетъ за продажу привилегіи кредитъ. „Такъ, недостатки права даютъ мѣсто возникновенію безнравственныхъ обходовъ закона и пріучаютъ гражданъ къ обманамъ,—тѣмъ болѣе вреднымъ, что они даютъ пользующимся

ими орудіе, по собственному произволу предпочесть одного изъ своихъ кредиторовъ другому при удовлетвореніи, или даже удержать исключительно въ свою пользу часть своего актива, который по праву долженъ бы принадлежать кредиторамъ" [1]).

2. Результаты римскаго вліянія на организацію вотчиннаго оборота въ Германіи изображаются не менѣе ярко у Mascher (стр. 90—93). Они вполнѣ сходны съ тѣми, которые описываетъ Loysseau для Франціи: полный застой оборота, страшное паденіе цѣнъ на недвижимости, полный упадокъ реальнаго кредита. Мировыя событія того времени, повлекшія упадокъ германскихъ городовъ, являвшихся до тѣхъ поръ піонерами въ области правообразованія, мало способствовали тому, чтобы всѣ указанныя бѣдствія были скоро излѣчены. А между тѣмъ разразилась новая гроза, 30-лѣтняя война, повергшая Германію въ положеніе крайняго раззоренія и безправія. Но сейчасъ же за войною всюду въ Германіи пробуждается новое движеніе въ вотчинномъ правѣ, направленное на оздоровленіе оборота недвижимостей.

3. Положеніе дѣлъ въ Австріи въ эпоху рецепціи въ подобныхъ же выраженіяхъ рисуетъ патентъ Маріи Терезіи отъ 27 ноября 1758 г. [2]).

---

[1]) Докладъ Crassous отъ 27 pluviôse an VI приведенъ у Georges Rondel, La mobilisation du sol en France. Paris. 1888, стр. 47.

[2]) Находится въ Cod. Austriacus. Suppl. p. V стр. 1282.

Книга II.

Первыя проявленія новаго движенія въ правѣ, регулирующемъ вотчинный оборотъ.

§ 29. Общія замѣчанія.

Замѣшательство, послѣдовавшее въ вотчинномъ оборотѣ отъ негласнаго римскаго вотчиннаго режима, всюду чувствовалось какъ большое зло, а въ Германіи оно осложнилось окончательнымъ экономическимъ кризисомъ, послѣдовавшимъ за 30-лѣтней войною. И вотъ, издавна и задолго до наступленія полнаго разгрома вотчиннаго оборота, во всѣхъ значительныхъ западноевропейскихъ государствахъ начинается новое движеніе въ правѣ, регулирующемъ вотчинный оборотъ, направленное на приданіе вотчиннымъ отношеніямъ гласности и вотчинному обороту вѣрности и обезпеченности. Если всюду для новаго движенія было достаточно одного только замѣшательства въ оборотѣ, то въ Германіи ему благопріятствовали послѣ 30-лѣтней войны и новыя условія духовной жизни этой страны. Въ результатѣ 30-лѣтней войны Германія порвала съ римскимъ авторитетомъ въ области религіи, и пошла тутъ своимъ особымъ самостоятельнымъ путемъ. Съ паденіемъ въ Германіи авторитета римской церкви падало одно изъ основаній внѣшняго авторитета римскаго права; при новыхъ условіяхъ римское право стало разсматриваться не болѣе, какъ практическій аппаратъ для удовлетворенія жизненныхъ потребностей, который можетъ быть подвергнутъ и критикѣ и измѣненіямъ, разъ только онъ неудовлетворительно выполняетъ свою жизненную роль (Mascher, гл. V).

Въ то время новое движеніе вездѣ преслѣдовало чисто практическія цѣли—и нигдѣ не имѣлось въ виду возстановленіе національной организаціи вотчиннаго оборота. Скорѣе даже, первые шаги къ приданію гласности вотчиннымъ отношеніямъ опирались на то же римское право, именно на конституцію императора Льва, создавшаго actus publicus [1]). Только идея actus publicus получила съ самаго начала болѣе широкое и болѣе энергичное значеніе, чѣмъ она имѣла въ римскомъ правѣ, такъ что скоро она получила

[1]) Ср. Dernburg u. Hinrichs, Das preuss. Hyp. R., Leipzig, 1877. стр. I. 4.

выраженіе, больше напоминавшее національное учрежденіе, чѣмъ римскій прообразъ.

Другимъ отправнымъ пунктомъ могла служить организація оборота феодальныхъ имѣній, гдѣ въ интересахъ феодальнаго господина существовали и въ эпоху господства римскаго права помѣстныя книги [1]).

Наконецъ, мѣстами отправнымъ пунктомъ служили и уцѣлѣвшія средневѣковыя организаціи, какъ въ Австріи—богемскія помѣстныя книги, во Франціи—coutumes de nantissement, въ Германіи—городскія вотчинно-ипотечныя книги Гамбурга, Бремена и нѣкоторыхъ Мекленбургскихъ городовъ и т. д.

Отмѣтимъ еще одну особенность новаго движенія. Если законодатель, который выступаетъ теперь главнымъ творцомъ права, и имѣетъ въ виду упорядоченіе всего вотчиннаго оборота, то первое свое вниманіе онъ обращаетъ на интересы реальнаго кредита. Ипотека, являющаяся теперь главнѣйшей, если не исключительной правовой формой реальнаго кредита, занимаетъ первое и главное вниманіе законодателя. И только ради нея къ упорядоченію привлекается и собственность и другія вещныя права, — понятно, такъ какъ ипотека поражаетъ недвижимость съ стороны ея цѣнности, а послѣдняя зависитъ отъ состава всего правоотношенія на вещь.

Каждая законодательная мѣра вскрываетъ намъ и бытовое значеніе начинающагося теченія въ правѣ; оживляется оборотъ и нарождается новый строй хозяйства, именно современный.

ОТДѢЛЪ I.

Новое движеніе въ Германіи.

Мы очертимъ новое движеніе въ правѣ лишь для значительныхъ германскихъ государствъ, правообразовательная дѣятельность которыхъ только и создала исторію вопроса. Такими странами были: Пруссія, Мекленбургъ, Саксонія и Баварія.

ГЛАВА I.

Новое движеніе въ Пруссіи.

§ 30. Прусскій вотчинный режимъ въ эпоху рецепціи римскаго права.

Въ эпоху рецепціи римскаго права въ Пруссіи существовала, повидимому, нотаріальная система, по образцу римскаго actus publicus, со всѣми ея недостатками для упорядоченія вотчиннаго оборота: сдѣлки о недвижимостяхъ совершаются по этой системѣ не по мѣсту нахожденія недвижимости, а гдѣ угодно, заносятся онѣ въ книгу въ хронологическомъ порядкѣ, дѣйствіе записи сводится къ простому доказательству правоотношенія или влечетъ привилеги-

---

[1]) Raumer, Ursprung der preuss. Hyp.-Verfassung въ v. Ledebur's Allg. Archif. für die Geschichtsk. des Preuss. Staats. Th. 7 № VIII, доказываетъ связь Pr. Allg. Hyp.-Og. 1783 г. съ леннымъ правомъ Бранденбурга даже до мелочей.

рованное положеніе записанной сдѣлки въ отношеніи частныхъ сдѣлокъ; такъ что въ концѣ концовъ эта система только усиливаетъ замѣшательство оборота созданіемъ особыхъ привилегій и ничего не даетъ для обозримости и гласности правоотношеній. Но и эта нотаріальная система существовала далеко не вездѣ [1]). По исключенію и въ Пруссіи встрѣчались области, гдѣ запись въ книгу служила условіемъ дѣйствительности вещныхъ правоотношій, особенно ипотеки [2]). Кое-гдѣ были и городскія книги [3]). Ленныя отношенія имѣли свою особую помѣстную систему книгъ [4]). Но все это было неудовлетворительно, рѣдко и уже вовсе не могло служить опорой оживающему обороту и реальному кредиту.

§ 31. Эдиктъ 1693 г.

1. Тридцатилѣтняя война нанесла страшный ударъ благосостоянію народа и въ Пруссіи. Немедленно же правительство издаетъ рядъ индультовъ-мораторіевъ, которыми отсрочивается на долгое время взысканіе долговъ, а потомъ и %-овъ съ нихъ [5]). Когда же острый кризисъ миновалъ, прусское правительство приступаетъ къ рѣшительной реформѣ вотчинно-ипотечнаго права. Первый шагъ въ этомъ направленіи былъ сдѣланъ Фридрихомъ III въ эдиктѣ отъ 27 сентября 1693 г. [6]). Въ мотивахъ къ эдикту указывается на хаотическое состояніе реальнаго кредита, на злоупотребленіе довѣріемъ со стороны должниковъ, на раззореніе оттого кредиторовъ и общее разстройство вотчиннаго и ипотечнаго оборота, — проистекающее отъ негласнаго установленія ипотекъ и переходовъ собственности. Для устраненія всѣхъ этихъ бѣдствій и издается эдиктъ, впрочемъ только для резиденцій. Уже этотъ первый опытъ намѣчаетъ такую широкую и блестящую программу реформъ, которая служила рамкой для послѣдующей законодательной дѣятельности въ Пруссіи въ теченіе цѣлаго столѣтія. Въ немъ уже мы угадываемъ

---

[1]) Картина отчасти обрисуется изъ дальнѣйшаго, отчасти же см. Dernburg u. Hinrichs, § 1.

[2]) Магдебургскія земли, см. Dernb. u. Hinr. стр. 7 прим. Но и это начало было только развитіемъ римскаго actus publicus.

[3]) Введеніе къ Edict. v. 1693 (Codex constitutionum Marchicarum Brandenburgensium, v. Mylius., II ч. 2 отд. № XI).

[4]) Dernburg u. Hinrichs, стр. 3, Raumer, Ursprung der preuss. H.Verf. (v. Ledebur's Allg. Archif. Th. 7 № VIII), Edict. 1693 и Declaration v. 1695 (въ Codex c. M. II 2 № XI и XIII).

[5]) Въ 1630 г. 22 іюня объявляется Indult wegen Einstellung der Executionen auf Capital-Geld на время до Joh. Bapt. 1632 г. Но вотъ, возстановленіе экзекуцій причиняетъ истощенному войною населенію ущербъ, не давая удовлетворенія и кредиторамъ, — и въ 1633 г. 8 ф. издается 2-ой Indult съ дѣйствіемъ до 1634 г. Joh. Bapt. того же содержанія. 18 іюля 1693 г. издается новый Indultum Moratorium на 3 года, при чемъ экзекуція не допускается уже не только въ капитальной суммѣ требованій, но и въ %-ахъ (всѣ мѣры находятся въ Corpus Constitutionum Marchicarum Brandenburgensium. II 2 №№ 1 и II).

[6]) Corpus C. M. II 2, № XI. Ср. Dernburg u. Hinrichs, 6. Эдиктъ подражаетъ режиму, подмѣченному имъ въ „старомъ гор. Cöln“, теперь—часть Берлина.

будущаго прусскаго законодателя — рѣшительнаго, смѣлаго и талантливаго, нѣсколько даже безпокойнаго и забѣгающаго впередъ, намѣчающаго планы, превосходящіе силы и средства ихъ осуществленія, но за то крайне чуткаго и отзывчиваго на самыя тонкія практическія потребности времени.

2. Эдиктъ 1693 г. ставитъ вотчинно-ипотечный режимъ на твердую почву тѣхъ же 4-хъ формально-правовыхъ началъ, которыя мы отмѣтили для средневѣковаго права и которыя поддерживаютъ въ наше время германскія организаціи. Однако, въ эдиктѣ эти начала, особенно начало публицитета, проводятся еще очень слабо.

Вотчинно-ипотечное дѣло ввѣряется магистрату; вотчиннымъ установленіемъ является городская ратуша. Тамъ ведутся особыя вотчинныя книги, подъ названіемъ Erb-und Lagerbuch.

Въ эти книги заносятся всѣ недвижимости, лежащія въ чертѣ резиденцій и состоящія во владѣніи частныхъ лицъ. Ни одна частная недвижимость не свободна отъ подчиненія новому режиму. Запись совершается не по личной, а по реальной системѣ. Книги ведутся не по собственникамъ, а по недвижимостямъ. Каждая недвижимость представляетъ отдѣльный самостоятельный предметъ записи и имѣетъ свой особый № и листъ въ книгѣ. И на листѣ каждаго имѣнія уже заносятся наличные собственники и кредиторы; оставляется достаточно мѣста и для записи послѣдующихъ собственниковъ и кредиторовъ [1]).

Эта система вотчинныхъ книгъ и служитъ впредь основой вотчиннаго оборота. Каждая перемѣна владѣнія подлежитъ немедленному предъявленію для записи въ вотчинное установленіе. До записи въ книгу всѣ титулы владѣнія новыхъ владѣльцевъ, даже наслѣдованія, признаются ничтожными [2]).

Записи подлежатъ и всѣ ипотеки: договорныя, судебныя и даже законныя. И только запись даетъ имъ jus reale oder praelationis. Пріоритетъ всѣхъ этихъ видовъ ипотекъ опредѣляетъ только и исключительно моментъ записи [3]).

Публицитету внутреннему соотвѣтствуютъ мѣры, клонящіяся къ установленію внѣшняго публицитета. Магистрату вмѣняется въ обязанность давать точныя свѣдѣнія о правоотношеніи по недвижимости на требованіе всякаго заинтересованнаго [4]).

Наконецъ, эдиктъ устанавливаетъ не менѣе рѣшительныя переходныя мѣры отъ стараго къ новому строю [5]).

3. Эдиктъ былъ кратокъ и далеко не исчерпывалъ предмета даже въ его существенныхъ моментахъ. Напр., поставивъ пріобрѣтеніе вещныхъ правъ въ зависимость отъ записи въ вотчинную книгу, эдиктъ не вооружилъ книгу fides publica. Отсюда, по эдикту нельзя быть собственникомъ, не будучи за-

---

1) § 1 эдикта.
2) § 2.
3) §§ 3—5.
4) § 8.
5) § 7.

писаннымъ въ книгу въ этомъ качествѣ; но, будучи записаннымъ въ книгу въ качествѣ собственника, можно, по эдикту, еще и не быть собственникомъ; для этого достаточно только, чтобы запись состоялась неправильно. При такой системѣ 3-й пріобрѣтатель, производящій свое вещное право отъ книжнаго собственника, вовсе не защищенъ въ своемъ пріобрѣтеніи и подверженъ нападенію со стороны всѣхъ, потерпѣвшихъ отъ неправильной записи. Такая система обезпечиваетъ оборотъ только на половину.

И все-таки эдиктъ былъ слишкомъ радикальной мѣрой для того времени. Народъ уже забылъ свои старыя публичныя формы вотчинныхъ сдѣлокъ и привыкъ къ негласнымъ римскимъ. Для него было уже въ тягость постоянное обращеніе къ власти для завершенія вещныхъ сдѣлокъ. А новая мѣра была еще слишкомъ рѣшительной въ отношеніи законныхъ ипотекъ, обезпечивавшихъ дорогіе и деликатные интересы членовъ семьи и т. п. Съ другой стороны, въ то время правительство не имѣло и такой стройной организаціи подчиненнаго управленія, которая смогла-бы побороть народное противодѣйствіе новой мѣрѣ.

Въ виду всего этого эдиктъ не скоро возъимѣлъ значительныя практическія послѣдствія и долгое время игнорировался даже въ Берлинѣ [1]).

Однако, законодатель не отступалъ отъ своей излюбленной идеи. Онъ, съ одной стороны, не разъ толковалъ [2]), не разъ публиковалъ эдиктъ и подтверждалъ его по тому или иному поводу [3]), а иногда и расширялъ отчасти сферу его дѣйствія [4]); съ другой же стороны, онъ боролся съ враждебнымъ эдикту римскимъ теченіемъ, съ практикой, утвердившейся на римскомъ правѣ и стремившейся истолковать и эдиктъ въ духѣ римскаго actus publicus. Особенно много хлопотъ причиняла законодателю hypotheca quasi publica, подрывавшая единство и цѣльность системы эдикта [5]). Однако, самъ законодатель не всегда точенъ въ опредѣленіи дѣйствія hyp. quasi p. Иногда онъ объявляетъ ее ничтожной [6]), иногда же признаетъ ее за частную ипотеку и вызываетъ сомнѣніе по вопросу о томъ, означаетъ ли это ни-

---

1) Какъ это видно изъ Edictum declaratorium отъ 20 ф. 1695 г. (Corpus c. M. II 2, № XIII) и рескрипта на имя берлинскаго Cammer-Gericht отъ 12 окт. 1699 (Eod. № XVI). См. еще Dernburg u. H., стр. 7.

2) Edictum declaratorium 20 Febr. 1695 въ Cod. c. M. II 2 № XIII.

3) Wechselrecht in der Chur. u. Marck-Brandenburg 19 Dec. 1701 Art. XXXIII въ C. c. M. II 2 № XVII, Erklärung des 33 Art. des Wechsel-Edicts v. 19 Dec. 1701, v. 30 Mai 1703; C. c. M. II 2 № XVIII.

4) Edictum declar. 20 F. 1695, C. c. M. II 2 № XIII: на области, гдѣ уже раньше велись книги, но не аккуратно.

5) Ed. declar. cit.; Erklärung des 33 Art. des Wechsel-Edicts. cit.; даже въ Königl. allergn. Declaration des Hyp.—u. Conk.-Og II Iuni 1726, C. c. M. II 2.

6) Кромѣ эдикта 1693 г. § 2, 3, 7, мы встрѣчаемъ это и въ Wechselrecht v. 19 Dec. 1071 art. XXXIII, гдѣ clausula hyp. въ векселяхъ не даетъ векселю никакихъ преимуществъ передъ векселями, гдѣ такой clausula нѣтъ вовсе и даже съ простыми расписками; далѣе въ—Erklärung des 33 art. des Wechsel-Edicts, v. 30 Mai 1703 cit.; наконецъ въ эдиктѣ 1704 сент. 20 (C. c. M. II 2, № XXI).

чтожность ея, какъ гласитъ эдиктъ, или это означаетъ то, что ипотека уступаетъ записаннымъ въ книгу ипотекамъ, но удовлетворяется въ конкурсѣ предпочтительно передъ личными требованіями. Сомнѣніе тѣмъ болѣе основательное, что самый эдиктъ характеризуетъ дѣйствіе записи, какъ «jus reale oder praelationis» [1]). Въ концѣ концовъ законодатель добился своего, и эдиктъ оказалъ въ резиденціяхъ благотворное дѣйствіе на оборотъ [2]).

§ 32. Эдиктъ 1704 г.

Ободренный первымъ успѣхомъ, хотя и дорого стоившимъ, законодатель рѣшается уже на болѣе смѣлый шагъ, и эдиктомъ отъ 20 сент. 1704 г. [3]) онъ распространяетъ свою систему съ резиденцій и областей, гдѣ раньше существовали хотя и безпорядочныя вотчинныя книги,—на все государство; но кромѣ того, онъ уже хочетъ соединить полезный для населенія институтъ съ пользой для фиска, и устанавливаетъ значительную пошлину съ записей, которая должна была пополнить военную казну, сильно пострадавшую за недавнія войны.

Едва-ли эта мѣра была-бы вообще осуществлена, въ виду затрудненій, съ какими особенно въ то время связывалась организація вотчинной системы и приведеніе ея въ дѣйствіе тамъ, гдѣ не было уже никакихъ слѣдовъ ипотечныхъ книгъ, гдѣ, слѣдовательно, надо было вновь ихъ организовать, провѣрять титулы владѣній, составъ правоотношеній по имѣньямъ, добыться правильности записей имѣній въ книги и т. д.,—трудъ, который и въ наше время устрашаетъ реформаторовъ. Но къ этимъ затрудненіямъ присоединялось новое въ видѣ 2% пошлины съ капитальной суммы каждой вещной сдѣлки. Эта пошлина вызвала враждебное отношеніе населенія къ новой мѣрѣ; на имя короля посыпались петиціи объ отмѣнѣ закона. Король не хотѣлъ отмѣны пошлины, каковой мѣры было-бы достаточно для примиренія населенія съ реформой, и предпочиталъ пріостановить на время дѣйствіе самой системы и дать вѣрнымъ подданнымъ „ein spatium deliberandi“ [4]). Spatium затянулся навсегда.

§ 33. Вотчинный режимъ ленныхъ имѣній.

Для ленныхъ имѣній въ эпоху рецепціи существовала спеціальная система помѣстныхъ книгъ. Эдиктъ 20 сент. 1704 г., внося реформу въ общее

---

[1]) Эдиктъ 1693 § 3, 4, 7; Ed. declar. 20 F. 1695, C. c. M. II 2 № XIII; Königl. allergn. Declar. der Hyp.-u. Conk. Og 14 Iuni 1726. Всего скорѣе, что авторъ эдикта 1693, называя h. quasi p. частной, разумѣлъ ея ничтожность. Но позднѣе такой ипотекѣ уже придавали значеніе: она уступаетъ книжной ипотекѣ, но предпочитается чисто-личному требованію (ниже).

[2]) Эдиктъ 1704 сент. 20, C. c. M. II 2, № XXI.

[3]) C. c. M. II 2, № XXI.

[4]) Патентъ отъ 22 ноября 1704, C. c. M. II 2, №№ XXII.

право недвижимостей, выдѣлялъ кругъ ленныхъ имѣній, по крайней мѣрѣ учреждая для нихъ особые органы для выполненія ипотечнаго дѣла.

Аллодификація леновъ въ коренныхъ прусскихъ провинціяхъ въ 1717—1720 гг. вызвала новое регулированіе вотчиннаго режима ленныхъ имѣній на спеціальныхъ началахъ [1]).

Въ каждой Маркѣ была установлена для рыцарскихъ имѣній особая регистратура, подъ дирекціей Ландрата. Въ регистратурѣ ведется помѣстная книга (Land-Buch), служащая основой оборота ленныхъ имѣній [2]).

Всѣ переходы собственности, по какому-либо титулу, даже наслѣдованію, подлежатъ записи въ помѣстную книгу, втеченіе 1 года, подъ страхомъ ничтожности [3]).

Всѣ ипотеки подлежатъ записи втеченіе 1 года въ ту же книгу. Но эта запись придаетъ ипотекѣ лишь свойство h. publica и не служитъ формой самаго возникновенія ипотеки; хотя, по мысли законодателя, запись является уже правиломъ, частный же ипотечный актъ—исключеніемъ [4]).

Все же двойственность способа возникновенія ипотоки является уступкой господствующему романистическому настроенію юридической мысли.

Законодательство регулируетъ и порядокъ производства [5]). Этотъ порядокъ производства служилъ позднѣе образцомъ для общихъ вотчинно-ипотечныхъ установленій, хотя онъ еще чуждъ позднѣйшаго легалитета и даже широкаго почина самихъ установленій въ сферѣ вотчиннаго дѣла. Въ основу производства тутъ полагается скорѣе начало инициативы сторонъ. Завершается производство выдачей интерессентамъ Attestata или Recognitions-Scheine вмѣстѣ съ возвращеніемъ сторонамъ подлинныхъ актовъ сдѣлки, съ отмѣткой о записи. Но и оборотовая роль Recognitions-Scheine остается пока неразвитой.

Самостоятельная организація вотчиннаго дѣла ленныхъ имѣній была удержана и при введеніи позднѣе общей организаціи этого дѣла въ 1721 и 1722 гг. Лишь организація вотчинныхъ книгъ и порядокъ удовлетворенія кредиторовъ въ конкурсѣ были согласованы, въ цѣляхъ улучшенія дѣла, съ началами устава 1722 г. [6]).

---

1) Assecuration vor die Ritterschaft in der Chur-Marck Brandenburg v. 30 Iuni 1717. § 10, C. c. M. II 5 № 62; Rescript wegen Veränderung derer Lehen in der Neu-Marck u. incorporirten Creysen v. 30 Apr. 1718, C. c. M. II 5 № 63; Kön. Preuss. Constitution für allodial-u. Erb-erklärten Ritter-Gütern in der alten Marck, Prignitz... v. 25 Aug. 1718, § 29—33, C. c. M. II 5 № 64; Allergn-Resolution vor die vormahl. Lehns-Canzley d. 23 F. 1720, C. c. M. II 5 № 66, Declarirte Constitution d. 1 Iuni 1723; C. c. M. II 5 № 76. Наиболѣе тщательную регламентацію содержитъ Kön. Pr. Constitution.

2) Цит. Constitution §§ 29, 30, 33.

3) Const. §§ 30—33.

4) Const. § 30.

5) § 33.

6) Очеркъ устава 1822 г. ниже.— Замѣтимъ кстати, что со временемъ институтъ помѣстныхъ книгъ для ленныхъ имѣній, остававшійся въ сторонѣ отъ общаго движенія къ усовершенствованію вотчиннаго режима, оказался неудовлетворительнымъ и чуждымъ по духу общему праву Пруссіи, и въ 1810 г. по Kab.-Og 1 Aug. (Rabe, Sammlung preuss. Gesetze u. Verordnungen, X 392—94) Landb cher были преобразованы въ стоящія Hyp. Bucher и переданы въ Kammerger. и Ober-Landesger. См. также Dernb. u. H., стр. 10.

§ 34. Ландрехтъ 1721 г.

Въ спеціальномъ Ландрехтѣ для коренныхъ прусскихъ областей отъ 1721 года [1]) новыя начала вотчинно-ипотечной системы опять занимаютъ вниманіе законодателя. Но тутъ законодатель становится уже уступчивѣе [2]), чѣмъ въ эдиктѣ 1693 г. Въ общемъ Ландрехтъ регулируетъ вопросъ тщательнѣе; уступки, дѣлаемыя имъ римской системѣ, не опасны для реальнаго кредита, и Ландрехтъ рисуется болѣе практичнымъ и болѣе отвѣчающимъ условіямъ своего времени. И высказанныя имъ идеи легли надолго въ основу прусскаго вотчиннаго режима.

1. Какъ общее правило, Ландрехтъ 1721 г. провозглашаетъ начало, что вещныя сдѣлки о недвижимостяхъ [3]) между живыми (Ландрехтъ предусматриваетъ только случай купли) подлежатъ инсинуаціи въ судѣ и записи въ судебную книгу, по мѣсту нахожденія недвижимости, въ присутствіи обоихъ контрагентовъ, которымъ и выдается затѣмъ купчая (Kauf-Brief). Незаписанную сдѣлку отчужденія Ландрехтъ объявляетъ ничтожной [4]). Но Ландрехтъ дѣлаетъ исключеніе изъ этого правила на случай, когда обѣ стороны выполнили уже взаимныя обязательства, им. продавецъ получилъ цѣну, а покупатель вещь. Въ такомъ случаѣ отчужденіе и безъ записи признается дѣйствительнымъ [5]).

Дѣйствительны безъ записи въ книгу и всѣ другіе переходы собственности на имѣнье, какъ по наслѣдованію, по отчужденію съ публичнаго торга, и т. д. [6]).

2. Договорныя ипотеки совершаются передъ судомъ, по мѣсту нахожденія недвижимости, и записываются въ судебныя книги, подъ страхомъ недѣйствительности [7]). Однако, и тутъ законодатель дѣлаетъ исключеніе для hypotheca quasi p. Такая ипотека уступаетъ книжной, но въ конкурсѣ идетъ

---

[1]) Friedrich Vilhelms .. verbessertes Land.-Recht des Königr. Preussens. Königsberg. 1721. Cp. Dernb. u. Hinrichs, 7, 8.

[2]) Это явленіе, что кодификація проводитъ новыя начала слабѣе, чѣмъ спеціальный законъ, является общимъ историческимъ фактомъ. Можетъ быть, это объясняется тѣмъ, что въ системѣ, которая заимствовалась изъ римскаго права, труднѣе было подыскать мѣсто новому явленію. Впрочемъ, кодификація уже потому должна проводить слабѣе новыя идеи, что она всегда въ цѣломъ подводитъ итоги прошлому и, изъ-за массы стараго, естественно, не можетъ подчеркнуть новаго.

[3]) Понятіе которыхъ по Ландрехту крайне широкое. см. ч. II кн. 4 тит. VI art. 7 § 4.

[4]) „Nichtig u. von Unwürden".

[5]) Ч. II, кн. 4 тит. VI art. 7 § 1.— Отмѣтимъ кстати, что эта идея двойственности способа пріобрѣтенія собственности позднѣе привела къ знаменитому дуплицитету собственности: dominium civile и dominium utile, гдѣ за книжнымъ собственникомъ признавалась легитимація распоряженій недвижимостью по книгѣ, а за матеріальнымъ собственникомъ— прочія полномочія, кромѣ распоряженія по книгѣ. Распредѣленіе правомочія между ними колеблется по разнымъ законодательствамъ.

[6]) Нѣкоторые и отсюда выводятъ дуплицитетъ собственности; но это уже не техническое понятіе, и обороту это не грозитъ опасностью.

[7]) Р. II кн. 4 тит. V art. 5 § 1.

впередъ личныхъ требованій [1]). Норма относится одинаково къ специальной и генеральной ипотекѣ [2]). Только hypotheca privata вполнѣ ничтожна [3]). По генеральныя ипотеки при записи превращаются въ специальныя на отдѣльныя недвижимости [4]).

Законныя ипотеки всякаго рода, для полнаго дѣйствія, подлежатъ записи въ книгу. И только тогда онѣ занимаютъ въ конкурсѣ мѣсто въ одномъ классѣ съ записанными договорными ипотеками и удовлетворяются на-ряду съ договорными, именно ex ordine ingrossationis [5]). Генеральныя ипотеки записываются, какъ специальныя, на отдѣльныя недвижимости [6]). Если же законныя ипотеки не записаны, онѣ занимаютъ въ конкурсѣ мѣсто послѣ всякаго рода записанныхъ ипотекъ. Но въ остальномъ онѣ тоже дѣйствительны и безъ записи [7]).

Среди незаписанныхъ ипотекъ, договорныхъ, законныхъ привилегированныхъ и законныхъ простыхъ все рѣшается по римскому праву [8]), лишь за нѣкоторыми специальными исключеніями.

Въ заключеніе очерка LR. 1721 г. замѣчу, что онъ тщательно регулируетъ важный практически вопросъ о томъ, кто и какъ заботится о записи законныхъ ипотекъ фиска, женъ, дѣтей, разныхъ учрежденій на имущество опекуновъ и управителей [9]),—что опять выгодно отличаетъ Ландрехтъ отъ эдикта 1693 г., оставлявшаго открытымъ этотъ вопросъ.

3. Какъ ни примирительно и ни заботливо Ландрехтъ регулируетъ вотчинный режимъ, онъ все же далеко не исчерпываетъ регламентаціи его. Не говоря уже о томъ, что Ландрехтъ еще менѣе держится начала publica fides вотчинной книги, чѣмъ эдиктъ 1693 г., онъ не касается вовсе внѣшней организаціи вотчиннаго дѣла, все пріурочивая къ существующему строю, несовершенства котораго намъ уже извѣстны. До новой организаціи формальнаго вотчиннаго права предписанія Ландрехта едва-ли могли принести обороту много пользы. Далѣе, Ландрехтъ разбиваетъ единое цѣлое: ипотеки на недвижимости опекуновъ заносятся, по нему, въ особыя опекунскія книги, что неудобно для обозримости правоотношеній по этимъ недвижимостямъ. Наконецъ, Ландрехтъ изданъ былъ только для коренныхъ прусскихъ областей.

---

1) Eod. § 4, 5.

2) Eod. § 2, 4 и друг.

3) Eod. § 1.

4) P. I B. I T. XLIX § 11.

5) P. I B. I tit. XLIX § 10.

6) Eod. § 11.

7) Eod. § 15—18.

8) Fod. §§ 19—29.—И конкурсное право Ландрехта указываетъ намъ на вниманіе законодателя къ реальному кредиту, хотя Ландрехъ и не порываетъ съ системой римскаго конкурса и не выдѣляетъ обремененныя недвижимости въ специальную конкурсную массу. См. LR. 1721. P. I B. I t. XLIX. Ср. Dernburg u. H. стр. 8.

9) Ч. I кн. I тит. XLIX § 4, 10 и друг.

§ 35. Ипотечный уставъ 1722 г.

Въ прочихъ частяхъ королевства, исключая коренной Пруссіи, вотчинно-ипотечный режимъ впервые вводится изданнымъ при Фр. Вильгельмѣ I Hypoth.-u. Concurs—Og. v. 4F. 1722 [1]).

Всѣмъ судебнымъ органамъ, которые раньше уже отправляли обязанности нотаріата, вели ипотечныя книги и принимали къ утвержденію обязательственные акты, съ утратой этихъ полномочій, вмѣняется въ обязанность организовать немедленно полныя вотчинно-ипотечныя книги (Grund-u. Hyp. Bücher), если таковыхъ вообще въ данномъ судѣ не было или же, если онѣ и были, но не отвѣчаютъ предписаніямъ даннаго устава [2]).

Книги ведутся по реальной системѣ; въ нихъ записываются въ порядкѣ №№ всѣ недвижимости, находящіяся въ данномъ судебномъ округѣ, съ признаками, которые характеризуютъ недвижимости какъ съ физической стороны, отличая ихъ отъ другихъ недвижимостей, такъ и съ правовой стороны, вскрывая ихъ правоотношеніе. Для легкой обозримости правоваго положенія недвижимости уставъ впервые въ Пруссіи устанавливаетъ табеллярную форму вотчинно-ипотечнаго листа, отводимаго въ книгѣ каждому отдѣльному участку.

Для еще большей обозримости правоотношеній, рядомъ съ вотчинно-ипотечной книгой организуются 1) реэстръ именъ должниковъ и кредиторовъ, съ указаніемъ подъ этими именами всѣхъ свѣдѣній, важныхъ для кредитнаго оборота, и 2) книги протоколовъ о совершаемыхъ въ вотчинномъ установленіи кредитныхъ сдѣлкахъ [3]).

Эта вотчинно-ипотечная система и служитъ впредь основой вотчиннаго оборота.

1. Всякая перемѣна владѣнія, послѣдовавшая по производному способу отчужденія по сдѣлкамъ между живыми (уставъ говоритъ конкретно, только о куплѣ), подлежитъ немедленному предъявленію въ вотчинное установленіе и записи въ вотчинную книгу, и только тогда признается дѣйствительной. Упущеніе записи влечетъ: 1) ничтожность пріобрѣтенія, 2) лишеніе новаго владѣльца права совершать какія-либо сдѣлки о недвижимости, подлежащія записи въ вотчинную книгу. Судъ строго отвѣчаетъ за нарушеніе послѣдняго предписанія [4]). Въ частности, только записанный владѣлецъ можетъ обременить недвижимости ипотеками. Т. образ. уставъ окончательно порываетъ съ римской традиціей и создаетъ организацію, ближе стоящую къ старой Auflassung, чѣмъ позднѣйшей Besitztitelberichtigung,—мѣрѣ полицейской, а не цивильной. Уставъ, однако, лишь намѣчаетъ, но не развиваетъ начало легитимаціи книжнаго собственника, какъ таковаго, на распоряженіе недвижимостью по книгѣ; для полноты этого начала уставу не достаетъ принципа fides publica вотчинной книги, безъ котораго легитимація не имѣетъ практи-

---

1) C. c. M. II 2 № XXXIX.

2) § 1.

3) § 2 и 1.

4) § 4: „въ интересахъ реальнаго кредита".

ческаго значенія, въ виду не исключеннаго уставомъ дѣйствія виндикаціи противъ 3-го пріобрѣтателя недвижимости. Но уставъ сдѣлалъ уже тотъ вкладъ, что провозгласилъ начало легитимаціи книжнаго собственника. Развитіе идеи принадлежало будущему. Уставъ не знаетъ и дуплицитета собственности.

2. Всякая договорная ипотека подлежитъ записи въ ту же вотчинно-ипотечную книгу, и только тогда она имѣетъ дѣйствіе h. publica [1], — что, по уставу, означаетъ не болѣе, какъ дѣйствительную ипотеку [2].

Генеральная ипотека при записи разлагается на специальныя. Но подъ спеціальной ипотекой уставъ разумѣетъ ипотеку не на отдѣльныя недвижимости, а на весь комплексъ недвижимостей, принадлежащихъ должнику въ округѣ даннаго ипотечнаго установленія. И въ книгѣ каждой недвижимости отводится особая рубрика, гдѣ указываются другія недвижимости, относящіяся къ общему комплексу; равно и въ ипотечномъ свидѣтельствѣ указывается вся сумма долга, лежащая на данномъ комплексѣ недвижимостей [3].

Законная ипотека, въ принципѣ, также подлежитъ записи, чтобы имѣть полную силу, наравнѣ съ прочими записанными ипотеками [4]. О записи ея иногда заботится само вотчинное установленіе [5]. Но, не записанныя, онѣ имѣютъ не одинаковое дѣйствіе, въ зависимости отъ ихъ свойствъ, и въ конкурсѣ онѣ иногда конкурируютъ или даже предшествуютъ записаннымъ ипотекамъ и всегда идутъ впередъ частныхъ договорныхъ ипотекъ и личныхъ требованій [6].

3. Повидимому, въ духѣ римскаго права, смотрѣвшаго на запись какъ условіе только привилегіи ипотеки, уставъ требуетъ, чтобы соглашеніе объ ипотекѣ содержало clausula insinuationis или чтобы стороны обѣ присутствовали при записи ипотеки [7]. Еще болѣе римское вліяніе сказывается на уставѣ въ регламентаціи exceptio non num. pec. Запись ипотеки не измѣняетъ отношенія сторонъ къ exc., извѣстнаго римскому праву. Законодатель, въ интересѣ реальнаго кредита, лишь даетъ кредитору совѣтъ—платить валюту въ судѣ или въ присутствіи свидѣтелей, и должникъ и свидѣтели въ подписи на актѣ сдѣлки должны вторично оговорить, что валюта уплачена. Тогда только exceptio не допускается [8].

4. Уже изъ предшествующаго можно заключить, какъ, все еще мало законодатель заботится объ интересахъ реальнаго кредита. Эта нерѣшитель-

---

[1] § 5.
[2] См. §§ 5 и 202: незаписанная ипотека не имѣетъ въ конкурсѣ никакихъ преимуществъ передъ личными требованіями.
[3] § 5.
[4] § 6: „въ интересахъ реал. кредита".
[5] Eod.
[6] § 6; §§ 136, 165, 168—69, 177—78, 192 и друг.
[7] § 174.
[8] § 17.

ность законодатель сказывается и въ конкурсномъ правѣ устава, кстати, очень запутанномъ [1]).

5. Уставъ впервые регулируетъ и порядокъ погашенія ипотекъ по книгѣ [2]). Онъ старается тщательно урегулировать и внѣшній порядокъ производства въ судахъ по ипотечнымъ дѣламъ, включая содержаніе прошеній.

6. Вообще уставъ отражаетъ уже ту эпоху, когда власть считала своимъ долгомъ опекать гражданъ. Уставъ стремится все предусмотрѣть и предрѣшить, но онъ дѣлаетъ это крайне безвкусно, казуистично и, въ общемъ, далеко не удовлетворительно.

На практикѣ этотъ уставъ прививался не легче, чѣмъ предшествовавшіе ему опыты регулированія вотчинно-ипотечнаго дѣла [3]).

§ 36. Судебный уставъ 1748 г. 3 апр.

Этотъ уставъ [4]), вышедшій уже при Фридрихѣ В., въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ исправилъ какъ режимъ устава 1722 г., такъ даже и режимъ Ландрехта 1721 г. Уставъ дѣйствовалъ на всемъ пространствѣ прусскаго королевства. Уставъ 1748 г., съ одной стороны, усилилъ начало записи ипотекъ, привлекши къ записи тѣ именно ипотеки, которыя раньше шли впередъ записанныхъ ипотекъ, даже не будучи записаны (ипотека изъ времени, предшествующаго пріобрѣтенію недвижимости наличнымъ собственникомъ) [5]), и причиняли вредъ реальному кредиту, нанося изъянъ и началу публицитета; съ другой же стороны, уставъ 1748 г. ослабилъ начало записи, насколько это не причиняло ущерба публицитету и реальному кредиту, им. допустивъ относительное дѣйствіе негласныхъ ипотекъ (уступаютъ записаннымъ ипотекамъ, но идутъ впередъ личныхъ требованій) [6]). Кромѣ того, уставъ дѣлаетъ и нѣкоторые другіе успѣхи, менѣе важные. Конкурсное право судебнаго устава [7]) производитъ болѣе выгодное общее впечатлѣніе, чѣмъ конкурсное право Ландрехта 1721 г. и конк.-ипот. устава 1722 г. [8]).

§ 37. Силезскій уставъ 1750.

Колоссальный шагъ впередъ, оставившій далеко позади себя прежнія мѣры, хотя и служащій ихъ развитіемъ, представляетъ собою Силезскій

---

1) См. §§ 132—202.

2) § 11,

3) Декларація 14 іюня 1726 § 2. С. с. М. II 2 № 48: „мѣстами уставъ 1722 г. даже не опубликованъ“. Ср. Dernburg u. H., 10—11 стр.

4) „Project des Codicis Fridericiani Marchici“ Berlin 1748.—Однако Силезскій уставъ 1750 г. (ниже) и Дернбургъ называютъ его „Codex Fridericianus“.

5) § 52 IV ч. IX т. 2 секц.

6) § 129—130.

7) IV ч. IX тит. II секц.

8) Ср. однако Dernburg u. Hinrichs, стр. 12, 13.

ипотечный уставъ 4 август. 1750 г. [1]), вскорѣ распространенный на всю Пруссію [2]).

Силезскій уставъ имѣетъ особенно много положеній, сходныхъ, часто дословно, съ уставомъ 1722 г.; но онъ содержитъ еще больше того новыхъ цѣнныхъ началъ, выработанныхъ, видимо, опытомъ [3]). Въ общемъ же онъ представляетъ собою первую мѣру, въ которой замѣчается переходъ отъ прежней зачаточной организаціи вотчинно-ипотечнаго режима, гдѣ мы еще не имѣемъ fides p. вотчинной книги, не имѣемъ защиты 3-го пріобрѣтателя отъ виндикацій со стороны матеріальнаго собственника,—къ современной организаціи этого режима, характеризуемой fides publica вотчинной книги, легитимаціей книжнаго собственника на распоряженіе имѣньемъ по книгѣ и защитой 3-го пріобрѣтателя, довѣрявшаго содержанію книги, противъ виндикацій со стороны матеріальнаго собственника.

1. Органами, призванными завѣдывать новымъ вотчинно-ипотечнымъ дѣломъ, являются по Силезскому уставу, подобно уставу 1722 г., тѣ же судебные органы, которые до того отправляли функціи нотаріата или крѣпостного установленія. Съ прекращеніемъ этихъ функцій имъ ввѣряется организовать новую вотчинно-ипотечную систему [4]). Базой новой системы являются вотчинно-ипотечныя книги, листы которыхъ, отводимые для каждой недвижимости, имѣютъ табеллярную форму, нѣсколько отличную отъ формы, предписанной уставомъ 1722 г. [5]).

2. Всякій переходъ собственности, по какому бы то ни было титулу (по сдѣлкамъ между живыми, наслѣдству и т. д.), подлежитъ записи въ эту книгу [6]). Но эта запись конструируется уставомъ двойственно: съ одной стороны, какъ Besitztitelberichtigung [7]), т. е. какъ мѣра полицейская, принудительная, нарушеніе которой грозитъ штрафомъ [8]); съ другой же—какъ цивильный актъ, какъ способъ пріобрѣтенія собственности, родственный Auflassung,—отсюда только запись влечетъ дѣйствительность пріобрѣтенія, незаписанное же пріобрѣтеніе — ничтожно [9]). И только записанный владѣлецъ

---

[1]) Allgemeine Ordnung vor das souveraine Hertzogthum Schlesien, wornach die Land u.Hyp.—Bücher über unbewegliche Güter zur Sicherheit der Eigenthümer und Creditorum, einzurichten sind, de dato Berlin den 4 Aug. 1750 (IV Continuatio ad. C. c. M. N CIII лит. A).

[2]) Circulare v. 25 Sept. 1750; IV Contin. ad. C. c. M. N CIII; Rescript v. 8 Iuni 1753 (см. Notifications-Patent betreffend die Einrichtung des Justizwesens in den von Preussen in Besitz genommenen polnischen Landen 1772 Sept. 28, IV abschn. n⁰ 4. y Rabe I. 4, стр. 335, особ. 362).

[3]) См. также Dernburg u. H., стр. 13 и сл.

[4]) § 1.

[5]) § 2.

[6]) § 3, 8 и друг.

[7]) § 9, 10.

[8]) § 10: впрочемъ, штрафъ налагается т. на наслѣдниковъ, не заявившихся въ установленіе въ теч. 1 г.

[9]) § 3.

легитимируется на всякаго рода распоряженія недвижимостью по книгѣ; незаписанный же владѣлецъ не имѣетъ подобной легитимаціи [1]). И судъ, совершившій запись сдѣлки, исходящей отъ незаписаннаго управомоченнаго, отвѣчаетъ за весь ущербъ, происходящій отъ того для 3-хъ интерессентовъ [2]).

Все это было болѣе или менѣе извѣстно и прежнимъ мѣрамъ. Но Силезскій уставъ и не ограничился этимъ. Онъ сдѣлалъ значительный шагъ къ началу fides p. вотчинной книги, но не прямо, а прибѣгъ къ обходу, напоминающему среднев. мѣры, принимавшіяся при совершеніи Auflassung. Им. сама по себѣ запись пріобрѣтателя не создаетъ преклюзіи притязаній 3-хъ вещно-управомоченныхъ на недвижимость [3]). По записанному пріобрѣтателю дается средство придать записи титула неоспоримость и достовѣрность, какія давала лишь Auflassung и какія въ наше время даетъ только актъ Торренса и лишь отчасти даетъ fides publica прочихъ европейскихъ уставовъ.

Такимъ средствомъ служитъ по уставу вызывное эдиктальное производство (Edictal-Citation) и слѣдующая за нимъ преклюзія всѣхъ необъявившихся вещныхъ правъ на недвижимость. Когда право или titulus possessionis владѣльца подвержено нѣкоторымъ сомнѣніямъ и владѣлецъ не можетъ устранить этихъ сомнѣній, а между тѣмъ имѣетъ потребность установить на недвижимость ипотеку или распорядиться недвижимостью по сдѣлкѣ, требующей записи,—онъ долженъ совершить вызывное производство черезъ компетентный судъ, по правиламъ Codex Fridericianus, въ отношеніи всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя приписываютъ себѣ право на недвижимость. Благополучно завершившееся производство это влечетъ преклюзію правъ всѣхъ 3-хъ интерессентовъ, кто-бы они ни были. По вступленіи преклюзивнаго приговора въ законную силу исключается всякая реституція [4]).

---

[1]) § 3, 9.

[2]) § 3.

[3]) § 8: „Матеріальный собственникъ виндицируетъ недвижимость не только у перваго записаннаго пріобрѣтателя, но и у преемниковъ его“ (когда запись состоялась на основаніи акта, видимо безупречнаго, тогда чиновники не отвѣчаютъ).

[4]) § 5: „...es mag solche Restitution ex capite ignorantiae, absentiae, minorenitatis, oder wie es sonsten Namen haben mag, gesucht werden“: отсутствующій пеняй на себя, что не оставилъ представителя, подопечные—пусть взыскиваютъ убытокъ съ опекуновъ. Мотивъ: „...und wann sie dabey zu kurtz kommen, die allgemeine Wohlfart ihrem besondern Nutzen vorziehen, aller massen es besser ist, dasz zuweilen einer durch sein oder eines andern Schuld schaden leide als dasz die Eigenthums-Rechte aller angewandten möglichen Vorsicht unerachtet, in Ungewissheit bleiben“. Только на время войны дѣйствіе вызывнаго производства останавливается по понятнымъ причинамъ, и тогда сомнительность титула отмѣчается въ вотчинной книгѣ. — Вызывное производство совершается со всей тщательностью: спеціальныя повѣстки лицамъ, жительство коихъ извѣстно; иногороднимъ жительство коихъ точно неизвѣстно, посылаются спеціальныя повѣстки по вѣроятному ихъ мѣсту жительства; заботятся и объ интересѣ отсутствующихъ и малолѣтнихъ. Истецъ присягаетъ, что указалъ всѣ свѣдѣнія объ интерессентахъ и другихъ не знаетъ. Публикаціи называютъ точныя имена извѣстныхъ интерессентовъ и совершаются черезъ печат-

Это производство можетъ совершить прежде всего самъ книжный собственникъ; но того же можетъ потребовать отъ книжнаго собственника и 3-е лицо, вступающее съ нимъ въ сдѣлку о недвижимости [1]).

О вызывномъ производствѣ дѣлается отмѣтка какъ въ вотчинной книгѣ данной недвижимости, такъ и на Hypotheken-Schein,—вотчинномъ свидѣтельствѣ, выдаваемомъ лицамъ, на имя которыхъ въ книгу записано какое-либо вещное право: собственность, ипотека и т. д. [2]).

И тогда какъ вотчинная книга, такъ и вотчинное свидѣтельство (H.-Schein) являются достовѣрнымъ указателемъ права лица [3]) [4]).

3. Здѣсь будетъ кстати очертить этотъ институтъ вотчиннаго свидѣтельства являющійся вторымъ огромнымъ успѣхомъ новаго движенія въ области организаціи вотчинно-ипотечнаго режима, достигнутымъ Силезскимъ уставомъ. По счастливой идеѣ этого устава, вотчинное свидѣтельство привлекается служить орудіемъ вотчиннаго оборота въ большей мѣрѣ, чѣмъ это было до устава. Всѣ третьи лица, заключающія съ записаннымъ лицомъ вещную сдѣлку, если только хотятъ вѣрности послѣдней, настойчиво приглашаются къ ознакомленію съ вотчинымъ свидѣтельствомъ (H.-Schein) [5]). Вотчинное свидѣтельство представляетъ полное отраженіе вотчинной книги и объявляется надежнымъ и достовѣрнымъ актомъ, которому публика можетъ довѣряться [6]). И пріобрѣтеніе, совершонное въ довѣріи къ вотчинному свидѣтельству, вполнѣ гарантируетъ пріобрѣтателю всѣ свойства права, которыя въ свидѣтельствѣ означены, т. е. или сомнительность права [7]), или полную надежность [8]), Въ этомъ-то послѣднемъ случаѣ Силезскій уставъ и дѣлаетъ шагъ какъ къ будущему внутреннему публицитету, или къ fides publica вотчинной книги, такъ и къ усиленію оборотоваго значенія вотчиннаго свидѣтельства.

Поэтому выдача вотчиннаго свидѣтельства обставлена строгими мѣрами.

ные органы. Истецъ предъявляетъ въ компетентный судъ данныя о совершенномъ имъ вызовѣ ad domum и черезъ газеты, и судъ произноситъ sententiam praeclusivam и ее публикуетъ. По вступленіи въ силу sententia pr. доказываетъ titulus p. владѣльца безусловно.

[1]) § 3

[2]) § 8.

[3]) § 44 и 3: „Sicherheit des Grund-u. H.-Buchs", тоже § 45; особенно же § 11: „Wenn einmahl der Titulus Possessionis ab seiten des Bisitzers in Richtigkeit gesetzet; so ist jedermann, der sich einige Verbindlichkeit und ein dingliches Recht von ihm vorschreiben, und in das H.-Buch eintragen lässet, vor allen audern Creditoren völlig gesichert welchen zwar ein Eigenthums-oder ander dingliches Recht von dem Besitzer constituiret worden, Solches aber entweder gar nicht, oder nicht zur rechten Zeit eintragen lassen".

[4]) § 8, 33. Доступъ къ книгѣ и непосредственный ея осмотръ тогда еще были неизвѣстны; и вотъ восполненіемъ этого недочета служилъ H.-schein, вотчинное свидѣтельство, которое служило и доказательствомъ права лица, держащаго его. Но до Силезскаго устава H.-schein не имѣлъ достаточнаго развитія.

[5]) § 8, 33.

[6]) Eod.

[7]) § 8.

[8]) § 11.

Судъ не только обязывается совершать таковое съ полной тщательностью и подъ строгой отвѣтственностью [1]), но долженъ еще отобрать отъ просителя рядъ свѣдѣній о его семейномъ положеніи, возможныхъ правахъ его дѣтей отъ 1-го брака, о томъ, не состоитъ-ли онъ опекуномъ и записана-ли на его имущество ипотека по этому случаю [2]). Если всѣхъ этихъ свѣдѣній не удастся собрать съ точностью, судъ заботливо отмѣчаетъ это обстоятельство въ вотчинномъ свидѣтельствѣ и этимъ предостерегаетъ контрагента, предоставляя ему самому поиски за дѣйствительной гарантіей, которую представляетъ сдѣлка.

Значеніе вотчиннаго свидѣтельства такъ выдвинуто, что законодатель не дозволяетъ и записи вещнаго права, до выдачи пріобрѣтателю вотчиннаго свидѣтельства и до наступленія, такимъ образомъ, возможности ознакомиться контрагенту съ правоотношеніемъ по недвижимости [3]). Мало того. Такъ какъ возможно, что и по выдачѣ вотчиннаго свидѣтельства будутъ совершены иныя записи, которыя въ актъ уже не попадутъ, и которыхъ послѣдующій контрагентъ не будетъ знать, сколько-бы ни разсматривалъ устарѣлое вотчинное свидѣтельство, то и предписывается, чтобы въ письменной сдѣлкѣ, совершонной на основаніи осмотра вотчиннаго свидѣтельства, передавалось и содержаніе послѣдняго и число выдачи его. Вмѣстѣ съ тѣмъ судъ заноситъ въ вотчинный протоколъ и книгу приложеній (Beylags-Buch) какъ отмѣтку о выдачѣ свидѣтельства, такъ и копію его. И когда какая-либо сдѣлка предъявляется къ записи, судъ свѣряетъ имѣющуюся у него копію съ копіей, приложенной при прошеніи. Если окажется, что должникъ на основаніи того же вотчиннаго свидѣтельства совершаетъ уже не первую сдѣлку, напр. устанавливаетъ уже не первую ипотеку, судъ это вскрываетъ и сообщаетъ контрагенту объ измѣнившемся правоотношеніи по имѣнью. Контрагентъ воленъ и отступить отъ сдѣлки [4]). Чтобы окончательно упрочить обезпеченность оборота, законодатель не допускаетъ и запись сдѣлки, къ которой не приложена хотя копія съ вотчиннаго свидѣтельства [5]). Такъ должникъ лишенъ всякой возможности обмануть кредитора насчетъ истиннаго положенія правоотношенія по недвижимости. Только законныя ипотеки составляютъ понятное исключеніе: онѣ заносятся до изготовленія вотчиннаго свидѣтельства и тотчасъ, какъ только выяснится, какимъ путемъ недвижимость дошла къ владѣльцу и что она записана на него [6]).

4. На-ряду съ правомъ собственности, записи подлежитъ и цѣлый рядъ другихъ вещныхъ правъ, повинностей и правомочій, которыя иначе было-бы трудно распознать 3-му лицу, но которыя, въ то же время, имѣютъ значеніе для реальнаго кредита, такъ какъ въ той или иной степени они вліяютъ на

---

[1]) § 33.
[2]) § 35, въ связи съ §§ 29, 30.
[3]) § 36.
[4]) § 38.
[5]) § 33. Эта роль H.-Sch. напоминаетъ идею Акта Торренса.
[6]) § 37.

высоту цѣны имѣнья [1]). Такими уставъ признаетъ: собственность, которую предшественникъ настоящаго собственника предоставилъ себѣ на случай неуплаты ему полностью цѣны недвижимости (dominia reservata) [2]), фамильный фидеикомиссъ, маойратъ [3]), всѣ onera realia, какъ-то: canones, annui redditus и проч. [4]), всѣ личные сервитуты [5]), cautiones, установленныя служащими, въ распоряженіи которыхъ имѣются денежныя суммы (Rechnungs-Bediente), и арендаторами, на свои недвижимости или на недвижимости поручившихся за нихъ лицъ [6]); далѣе, cautiones опекуновъ по поводу веденія ими опеки [7]); наконецъ, Erb-Gelder [8]). На ряду съ главной сдѣлкой заносятся и побочныя волеопредѣленія, разъ стороны желаютъ придать имъ вещную природу; сюда, по уставу, относятся: pactum addictionis in diem, juris protimiseos, retrovenditionis и проч. [9]). И въ этихъ случаяхъ запись обусловливаетъ дѣйствительность титула; незаписанный титулъ не имѣетъ вещнаго дѣйствія [10]).

Наоборотъ, изъ экономіи труда и для легкой обозримости вотчиннаго акта, отъ записи освобождаются такія вещныя права и повинности, которыя или легко распознаются и безъ записи, или сами собою разумѣются по правовому строю страны или, наконецъ, не имѣютъ значительной экономической цѣнности и не опасны для реальнаго кредита. Такими уставъ признаетъ: реальные сервитуты и общеобязательныя повинности и обязанности, какъ: контрибуціи, повинности, ленные canones, платежи, слѣдуемые съ крестьянскихъ земель въ пользу ихъ Obrigkeit, платежи съ городскихъ домовъ—въ пользу магистрата; наконецъ платежи въ пользу церкви и причта [11]).

5. Ипотеки всякаго рода: спеціальныя и генеральныя, договорныя и законныя подлежатъ непремѣнно записи въ ипотечную книгу [12]). Замѣчательно, что и Силезскій уставъ конструируетъ записи по исконной романистической традиціи не какъ способъ возникновенія, а какъ условіе привиллегіи, хотя эта привиллегія означаетъ теперь простую дѣйствительность, ибо незаписанная ипотека имѣетъ по уставу ограниченное дѣйствіе. Тутъ, поэтому, мы имѣемъ интересный случай того историческаго явленія, когда привилегія становится общей нормой и все еще выдается за привиллегію. Законодатель, поступая такъ, предоставляетъ самой жизни оцѣнить свою норму и произнести надъ нею свой приговоръ; нельзя не отдать этой тактикѣ законодателя дань уваженія.

---

1) § 12—30.—Не личныя обязательства, § 13.
2) § 14.
3) § 15.
4) § 21.
5) § 22.
6) § 24.
7) § 30.
8) § 25. 26—30.
9) § 19, § 18.
10) § § 19, 21, 22 и друг.
11) § 23.
12) § 16, 17, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 и друг.

Генеральная ипотека ipso jure разумѣется теперь какъ ипотека на недвижимости, ибо право на движимости не подлежитъ записи въ вотчинную книгу. При записи, естественно, она разбивается на рядъ спеціальныхъ ипотекъ. Запись должна быть совершена на всѣ недвижимости должника; но когда послѣдовала правильно запись на одну недвижимость, записи на прочія недвижимости упрощаются [1]).

Всякаго рода незаписанныя ипотеки уступаютъ всякаго рода записаннымъ. Тѣмъ не менѣе и онѣ дѣйствительны и въ конкурсѣ онѣ занимаютъ мѣсто выше личныхъ требованій, именно ипотеки располагаются тамъ по правиламъ Codex Fridericianus [2]).

Такъ какъ начало записи (законныхъ) ипотекъ проводится теперь съ полной силой, то уставъ и заботится о томъ, чтобы обезпечить запись законныхъ ипотекъ въ интересѣ тѣхъ лицъ, которыя сами не могутъ позаботиться о себѣ; уставъ вводитъ отвѣтственность управителей, опекуновъ, родственниковъ и нѣкоторыхъ властей, обязанныхъ заботиться о записи такихъ ипотекъ,—за нерадѣніе [3]).

Уставъ дѣлаетъ шагъ къ спеціалитету суммы требованій, по крайней мѣрѣ, при договорныхъ ипотекахъ [4]); впрочемъ, шагъ слабый, такъ какъ отъ спеціализаціи суммы не зависитъ по уставу ни совершеніе записи, ни дѣйствительность ипотеки, по крайней мѣрѣ законной и кауціонной [5]).

6. Силезскій уставъ впервые вводитъ институтъ отмѣтокъ на случай, когда почему-либо не можетъ быть еще совершена самая запись права. Интерессентъ предъявляетъ тогда свою Praetensio суду и проситъ, чтобы, пока не созрѣетъ его отношеніе къ недвижимости настолько, чтобы оно могло быть записано, судъ ничего не дѣлалъ въ ущербъ ему по ипотечной книгѣ данной недвижимости. Этотъ актъ называется protestatio. Судъ заноситъ протестативную отмѣтку какъ въ вотчинную книгу, такъ и въ вотчинное свидѣтельство (H.-Schein). Протестативная отмѣтка сохраняетъ за протестантомъ пріоритетъ, принадлежащій ей по ипотечной книгѣ. И если кто-либо пріобрѣтетъ потомъ право на недвижимость, это право уступаетъ праву протестанта, разъ только послѣднее получитъ полную зрѣлость [6]). Но и этотъ институтъ въ уставѣ имѣетъ лишь самую зачаточную форму; въ немъ еще смѣшиваются элементы отмѣтокъ различнаго значенія, обособившихся позднѣе.

7. Цессіи и залоги записанныхъ въ ипотечную книгу правъ совершаются отмѣткой на подлинныхъ актахъ сдѣлокъ, совершонныхъ объ этихъ правахъ. Но законъ рекомендуетъ цессіонарію и залогодержателю записывать и указанныя сдѣлки въ ипотечную книгу, такъ какъ записанные въ книгу

---

1) § 11: и удешевляется.

2) § 44 i. f.

3) § 44.

4) § 22 и таблица вотч. листа.

5) § 32 и всѣ §§, трактующіе о законныхъ или кауціонныхъ ипотекахъ.

6) § 32.

управомоченные, при всякомъ событіи, касающемся судьбы записаннаго права, извѣщаются о томъ лично (ad domum), напр. при вызывномъ производствѣ, незаписанные же управомоченные вызываются только публикаціями; первое же для управомоченнаго удобнѣе второго. Въ случаѣ, когда цессія, залогъ и т. д. записаннаго права не записаны, о судьбѣ права извѣщается цедентъ, какъ лицо, значащееся по книгѣ управомоченнымъ. Выгода записей цессій и залоговъ записаннаго права сказывается и при погашеніи записаннаго права. Погашеніе это можетъ послѣдовать дѣйствительнымъ образомъ и безъ представленія долгового документа, на основаніи квитанціи, выданной записаннымъ кредиторомъ, и мортификаціоннаго акта [1]), что кредиторъ можетъ въ злонамѣренномъ соглашеніи съ должникомъ сдѣлать въ ущербъ цессіонарію.

8. Уставъ тщательно регулируетъ и погашеніе записанныхъ въ книгу ипотекъ. Для погашенія договорной ипотеки представляется съ этой цѣлью подлинный актъ сдѣлки, служащій титуломъ ипотеки, съ означенной на немъ раньше отмѣткой о записи ипотеки, а вмѣстѣ съ тѣмъ и квитанція кредитора объ удовлетвореніи его, если только не самъ кредиторъ требуетъ погашенія ипотеки [2]).

Если подлинный актъ сдѣлки утраченъ, кредиторъ получаетъ копію съ него изъ книги протоколовъ и совершаетъ о подлинномъ актѣ мортификаціонное производство, удостовѣреніе о чемъ и помѣщается подъ указанной копіей. На основаніи этихъ актовъ и слѣдуетъ въ такомъ случаѣ погашеніе ипотеки. Но суду предоставляется, по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая, погасить ипотеку и безъ мортификаціи [3]).

Если кредиторъ не заявляетъ о себѣ, погашеніе совершается въ порядкѣ эдиктальнаго производства и преклюзивнаго приговора [4]).

Законныя ипотеки погашаются всякій разъ по совершеніи управомоченными или обязанными по нимъ мѣропріятій, соотвѣтствующихъ случаю и доказывающихъ фактъ прекращенія основанія ипотеки [5]).

Въ конкурсѣ и ликвидаціи всѣ записанныя ипотеки погашаются тотчасъ, какъ только пріобрѣтатель уплатитъ цѣну за имѣніе. Въ этотъ моментъ утрачиваютъ свое значеніе и всѣ курсирующія ипотечныя свидѣтельства. Въ виду того, что истребованіе ихъ къ моменту погашенія равнялось бы часто вѣчной отсрочкѣ дѣйствія продажи съ торговъ недвижимости, законъ и не требуетъ для погашенія ипотекъ по книгѣ предъявленія ипотечныхъ свидѣтельствъ въ вотчинное установленіе. Для этого достаточно, чтобы покупатель представилъ въ вотчинное установленіе подлинное удостовѣреніе о преклюзіи незаявленныхъ ипотечныхъ правъ, объ адъюдикаціи недвижимости и квитанцію о взносѣ цѣны за недвижимость, наконецъ удостовѣреніе конкурснаго суда о томъ, что кредиторы отпадаютъ, права ихъ и акты пога-

---

1) § 32.

2) § 40: подробности производства.

3) § 41.

4) § 42.

5) § 43.

шены. Такимъ образомъ въ конкурсѣ требуется совершеніе вызывнаго производства ипотечныхъ кредиторовъ, на общемъ основаніи [1]).

Но если уставъ такъ тщательно регулируетъ производство погашенія, то онъ вовсе не затрогиваетъ важнаго вопроса о матеріальномъ значеніи погашенія, именно о томъ, остается-ли непогашенная ипотека существовать, когда отпало матеріальное основаніе для существованія ея. И рѣшеніе этого вопроса принадлежало будущему.

9. Внѣшняя сторона дѣла, порядокъ производства и организація вотчинныхъ установленій также урегулированы уставомъ со всей педантичностью, характеризующей памятники той эпохи. Я уже выше указывалъ, что вотчиннымъ установленіемъ является судъ 1-ой или 2-ой инстанціи. Коллегія судебная и руководитъ всѣмъ дѣломъ; выполняетъ же ея постановленія регистраторъ-секретарь [2]). Кромѣ главной основы оборота, вотчинной книги, заслуживаетъ упоминанія еще извѣстная уставу Protokoll-Buch, содержащая полную картину какъ всего хода сдѣлки въ вотчинномъ установленіи, такъ и всѣхъ подробностей правоотношенія, сущность коего отражаетъ вотчинная книга. Эта книга является остаткомъ прежней нотаріальной или крѣпостной системы, но она необходима при экстрактивномъ содержаніи вотчинной книги [3]). Наконецъ ведутся еще акты, составленные изъ засвидѣтельствованныхъ копій съ подлинныхъ документовъ и собранные въ тетради за №№. На эти акты экстрактивная запись вотчинной книги и дѣлаетъ ссылки [4]). Но и тутъ уставъ не рѣшаетъ важнаго вопроса о томъ, чему стороны должны довѣрять, когда вотчинная книга и акты разногласятъ.

Общій ходъ производства совершенно подобенъ вышеочерченному производству въ вотчинныхъ установленіяхъ спеціально-ленныхъ имѣній. Разница только та, что въ высшій судъ дѣло предъявляется съ письменнымъ прошеніемъ; въ низшихъ же судахъ допускается и устная просьба ad protocollum. Просьба должна специфицировать недвижимость [5]).

10. Уставъ развиваетъ ученіе объ отвѣтственности вотчиннаго установленія за его дѣйствія, не только дисциплинарной, но и имущественной [6]).

11. Уставъ занимается легалитетомъ; установленіе изслѣдуетъ съ внѣшней стороны правомѣрность сдѣлки; но инквизиціоннаго изслѣдованія сдѣлки уставъ еще не вводитъ [7]).

12. Вообще уставъ этотъ затрогиваетъ, хотя и не рѣшаетъ, всѣ вопросы, кругъ которыхъ составилъ позднѣе содержаніе развитыхъ вотчинно-ипотечныхъ системъ [8]).

---

[1]) § 42.
[2]) § 39, 45.
[3]) § 39.
[4]) § 9.
[5]) § 9, 34, 38, 39 и друг.
[6]) § 3, 8, 33, 34.
[7]) § 8.
[8]) „Уставъ обработанъ образованнымъ юристомъ Кокцейемъ, сумѣвшимъ раз-

§ 38. Corpus juris Fridericiani 1751.

Тѣмъ болѣе странно, что появившаяся вскорѣ за Силезскимъ уставомъ кодификація Corpus juris Fridericiani [1]) носитъ всецѣло романистическій обликъ, подъ фирмой естественнаго права. Кодификація эта совершенно игнорируетъ новое теченіе въ организаціи оборота недвижимостей, столь глубоко уже захватившее право [2]). Въ нормахъ, вновь возникшихъ путемъ спеціальныхъ законовъ, все еще хотѣли видѣть простыя формальныя опредѣленія, не затрогивающія основъ матеріальнаго права [3]). Это было, однако, уже не вполнѣ вѣрно, такъ какъ вотчинно-ипотечная система въ той или иной мѣрѣ проникала матеріальное право, хотя еще и слабо.

1. Кодификація 1751 г. провозглашаетъ способомъ пріобрѣтенія собственности традицію [4]) и ни словомъ не обмолвилась о необходимости записи пріобрѣтательной сдѣлки въ ипотечную книгу.

2. Въ ученіи же о залогѣ кодификація покинула даже римскую точку зрѣнія и утвердилась на идеѣ естественнаго права. Такъ, кодификація резонируетъ, что servitus и pignus по своей природѣ суть только личныя обязательственныя отношенія. Кредиторъ можетъ требовать залогъ съ цѣлью отчужденія его собственно только отъ должника. Съ утратой послѣднимъ владѣнія, только должникъ въ правѣ виндицировать залогъ отъ 3-го лица; впрочемъ, онъ можетъ цедировать свой искъ залоговому кредитору. И лишь во избѣжаніе этой сложной процедуры естественное право идетъ на компромиссъ съ жизнью и даетъ вещный искъ залоговому кредитору [5]). Но чтобы связать дѣйствительность залога записью его въ ипотечную книгу,—этого естественное право уже не хочетъ и знать.

Въ конкурсѣ отношеніе залоговыхъ правъ регулируется нормами Codex Fridericianus [6]).

§ 39. Послѣдующія мѣры, направленныя на укрѣпленіе новаго строя, и толкованіе новыхъ началъ.

I. При такихъ колебаніяхъ въ самомъ законодательствѣ, не удивительно, что новый вотчинно-ипотечный режимъ прививался къ жизни крайне медленно. Даже въ коренныхъ областяхъ Пруссіи, какъ Марки, оказывается, что къ 1763 г. новыя системы дѣйствовали слабо, и не только въ примѣненіи къ недвижимостямъ, подчиненнымъ общему праву, но и въ примѣненіи

вить институтъ съ помощью своей юрид. школы послѣдовательно и обстоятельно, Derburg u. H. стр. 15.

[1]) Halle. 1751. обработанъ тѣмъ же Кокцеемъ.

[2]) Невольно вспоминается прежнее замѣчаніе о томъ, какъ и почему кодификація не благопріятствовала развитію новыхъ правовыхъ идей.

[3]) См. Dernburg u. Hinrichs, 15 стр.

[4]) P. II lib II tit V art. 10.

[5]) P. II lib. V tit. II § 9, 2 и 3.

[6]) P. II 1. V tit. V.

къ аллодифицированнымъ ленамъ. И законодателю пришлось въ этомъ году повторить прежнія мѣры, направленныя на созданіе новаго вотчинно-ипотечнаго режима, и даже установить новый срокъ для окончательнаго осуществленія ихъ на практикѣ, им. 1764 г. [1]).

Тѣмъ менѣе имѣли распространенія эти мѣры въ другихъ частяхъ государства. По крайней мѣрѣ, для нѣкоторыхъ областей вотчинно-ипотечная система впервые организуется на новыхъ началахъ (чаще на началахъ Силезск. уст.) лишь въ 70-хъ и 80-хъ годахъ прошлаго столѣтія. До тѣхъ же поръ, какъ видно изъ соотвѣтствующихъ законовъ, тамъ или вовсе не было никакихъ книгъ, или были, но неудовлетворительныя [2]).

II. „Однако, въ Берлинѣ неустанно работали дальше“ [3]). И въ дополненіе къ Силезскому уставу появилась масса законовъ, чаще всего подтверждающихъ и истолковывающихъ его смыслъ [4]). Особенный историческій интересъ представляетъ Rescript an das hiesige Pupillen-Collegium v. 12 Iuli 1767, содержащій отвѣтъ правительства на 2 запроса опекунской коллегіи; больше интересенъ не рескриптъ, повторяющій идеи Силезскаго устава и даже идеи естественнаго права, а очерченные въ немъ вопросы коллегіи, очевидно подсказанные самой жизнью.

Коллегія спрашиваетъ: 1) нельзя-ли ограничиться при отдачѣ въ заемъ денегъ, принадлежащихъ малолѣтнимъ, довѣріемъ къ ипотечной книгѣ, и не трудиться изслѣдовать самому правильность титула записаннаго владѣльца, такъ какъ это не всегда можно сдѣлать съ успѣхомъ, и нельзя-ли въ этомъ смыслѣ измѣнить § 8 Силезск. устава, который исключаетъ fides

---

[1]) Edict. v. 4 Aug. 1763. §§ 1—19. Rabe, Sammlung Preuss. Ges. u. VOgen. I 2. стр. 547. Ср. Dernburg u. H. § 2.

[2]) См. для Магдебурга—Magdeburgsches Justiz-Aemter Reglement v. 26 May 1770 и Instruction (прил. C.) у Rabe, I 4 стр. 24 и сл.; для Вост. Пруссіи: 1) Reglement für die Magistrate der Königl. Westpreuss. Städte v. 13 Sept. 1773, tit. VII sect. II Abth. 1, D. у Rabe, I 5, стр. 346, особ. 402; 2) Instruction. für die Patrimonialgerichte in Westpreuss. v. 21 Sept. 1773. tit. 3 Sept. 3 у Rabe, I 5, стр. 547, особ. 575.—Для Cleve, Meuren u. Märkische Länder-Reglement für die Lathengerichte im Clevischen, Meurschen u. Märkischen Ländern v. 20 Dec. 1779, особ. §§ V, VI, VIII, IX, X, у Rabe, I 6, стр. 427.

[3]) Dernburg u. H. стр. 16.

[4]) Это именно: Rescript. v. 9 Mz. 1752 (Novum Corpus c. M. N 12, Nachtrag); Rescr. an die Cosliniche Hof.-Gericht v. 16 Oct. 1755 и Rescr. an die Pommernsche Regierung v. 24 Nov. 1755 (eod. № 93); Resolution an den Teckelenburgischen Land-Richter Meyer... v. 19 Mz 1756 (eod. № 50); Rescript v. 28 May 1762 (eod. № 23); Rescr. an das Pup.-Collegium zu Cöslin v. 13 Sept. 1763 (eod. № 60); Rescr. an das Cammer-Ger. v. 3 Sept. 1765 (eod. № 87);—Rescr. an die Glogauische Ober-Amts-Regier. v. 22 Mz. 1766 (eod. № 31); Rescr. an das hies. Pup.-Colleg. v. 12 Iuli 1767 (eod. № 50); Rescr. an die Pommern. Regierung v. 13 Iuli 1767 (eod. № 51), cum Annexo v. 18 Nov. 1752; Rescr. an die hiesige Stadt-Gerichte v. 12 F. 1770 (eod. № 20). См. также Noifitcations-Patent betreffend die Einrichtung des Iustizwesens in den von Preussen in Besitz genommenen polnischen Landen, IV Abschn. п. 4. у Rabe, I 4 стр. 335, особ. 362 и слѣд.—Всѣ эти законодательные акты разъясняютъ значеніе Силезскаго устава, не выходя изъ круга идей, нами уже очерченныхъ при изложеніи устава.

publica ипотечной книги, кромѣ 2-хъ случаевъ: 1) случая, когда состоялся о титулѣ владѣльца преклюзивный приговоръ, послѣдовавшій за вызывнымъ производствомъ интерессентовъ, и 2) случай, когда данный владѣлецъ пріобрѣлъ недвижимость съ публичнаго торга. Другими словами, коллегія проектируетъ ввести fides publica вотчинной книги, по крайней мѣрѣ для ипотекъ, принадлежащихъ недѣеспособнымъ. 2) Съ другой стороны, предлагалось свободнѣе относиться къ свидѣтельству актовъ-сдѣлокъ и не требовать непремѣнно судебнаго совершенія акта, подлежащаго записи.

Рескриптъ отвѣчаетъ на второй вопросъ приблизительнымъ согласіемъ, хотя повторяетъ въ концѣ-концовъ тотъ же уставъ 1750 г.

Но на первый вопросъ рескриптъ даетъ отрицательный отвѣтъ и мотивируетъ его отчасти ссылками на разумъ устава 1750 г., по которому при первоначальной записи правъ титулы не подлежатъ настолько строгой оцѣнкѣ, чтобы данныя вотчинной книги провозгласить за непогрѣшимыя, отчасти же крайне неудачными общими сооображеніями, им. въ духѣ естественнаго права. Изъ этихъ послѣднихъ соображеній мы видимъ, какъ далеко въ то время (1867) законодатель былъ отъ идеи publica fides вотчинно-ипотечной книги и какъ вредно вліяли идеи естественнаго права на развитіе положительнаго права, регулирующаго вотчинный оборотъ. Перемѣна § 8, говоритъ рескриптъ, или иное пониманіе § 8, чѣмъ то, которое ясно изъ его словъ, непрактично. Ius commune и „первоначальныя основы права“ требуютъ, чтобы никто не могъ переносить на другое лицо больше правъ, чѣмъ самъ имѣетъ на вещь. Чего лицо само не имѣетъ, того оно и перенести не можетъ. Отсюда, въ частности, тотъ, кто хочетъ пріобрѣсти надежное обезпеченіе кредита въ формѣ ипотеки, долженъ самъ удостовѣриться въ томъ, что установитель ипотеки имѣетъ на то право. Законъ даетъ достаточныя указанія на то, какими способами лицо пріобрѣтаетъ дѣйствительное право, titulum и собственность на недвижимость. Но чтобы простой фактъ записи таковыхъ въ книгу по указанію владѣльца и чтобы вѣрное или невѣрное сужденіе вотчиннаго чиновника о наличности въ томъ или другомъ случаѣ права или отсутствіи его признать за рѣшеніе вопроса о правѣ, исключающее всякое возраженіе, уничтожающее всѣ, самыя основательныя, права 3-хъ лицъ, совершенно и не выслушанныхъ,—это уже не предвидитъ ни одинъ законъ, хотя и предписывается соблюдать при записи правъ всю осторожность и предусмотрительность. Если же черезъ одинъ простой фактъ записи имѣнья на иное лицо, чѣмъ настоящій управомоченный, не можетъ погаснуть право 3-го лица на недвижимость, то кредиторъ, который хочетъ ссудить владѣльцу деньги подъ недвижимость съ полной гарантіей, долженъ обращаться не только къ записи, но и къ самоличному изслѣдованію вопроса о томъ, на самомъ ли дѣлѣ записанное право владѣльца и titulus possessionis правомѣрны и принадлежатъ записанному владѣльцу. Да это начало и не новое (ссылка на уставъ 1722 г.). Оно лишь дополнено въ Силезскомъ уставѣ указаніемъ на средства, служащія выясненію права записаннаго владѣльца. Ни книга, ни чиновникъ отъ него не теряютъ довѣрія. Получается даже выгода, такъ

какъ возможная ошибка, допущенная при записи, потомъ вскрывается; отъ этого только кредиторъ будетъ дѣйствовать осторожнѣе и въ сомнительныхъ случаяхъ не откроетъ кредита; чиновникъ будетъ дѣйствовать осторожнѣе при совершеніи записи, и собственники поспѣшатъ выполнить формальности, которыя ставятъ ихъ право внѣ сомнѣній.

Коллегія судитъ въ общей формѣ и не хочетъ прислушаться къ голосу справедливости, отъ того и приходитъ къ выводу, будто лучше, чтобы страдалъ тотъ, кто не позаботился внести свое jus reale въ ипотечную книгу, чѣмъ тотъ, кто довѣряется ипотечной книгѣ. Но коллегія не подумала о самыхъ частыхъ случаяхъ, когда лицо безъ всякой вины не успѣваетъ записать свое лучшее право раньше другого, имѣющаго худшее право и выдающаго послѣднее за titulus. Но въ этихъ случаяхъ было бы несправедливо безо всякой вины со стороны управомоченнаго лишать его права только потому, что другой предупредилъ его записью. Невѣрно, поэтому, и слишкомъ далеко заходитъ усвоенное коллегіей начало, что общее благо должно торжествовать надъ пользой отдѣльныхъ лицъ, что иногда лучше отдѣльное лицо должно терпѣть по своей или чужой винѣ, чѣмъ если всѣ права собственности останутся нетвердыми, несмотря на всѣ предосторожности. Если Силезскій уставъ и самъ руководится этими соображеніями (§ 35), то онъ вовсе не заходитъ такъ далеко, какъ коллегія, и ограничивается лишь тѣми случаями, гдѣ имѣются на лицо всѣ основанія къ тому, чтобы вмѣнить въ вину упущеніе или самому управомоченному, или его представителю. Да и не составляетъ большого труда предпринять въ сомнительныхъ случаяхъ вызывное производство.

Предложеніе коллегіи, придать вотчинной книгѣ fides publica, интересно тѣмъ, что указываетъ, гдѣ и какъ зарождалась и назрѣвала важнѣйшая особенность современнаго вотчинно-ипотечнаго режима. Она назрѣвала въ головѣ практиковъ-юристовъ, при отправленіи ими живаго дѣла правосудія,—въ то время, когда кабинентная юриспруденція разбиралась въ рецептахъ естественнаго права, оставаясь глухой къ потребностямъ живой дѣйствительности. И если предложеніе коллегіи на этотъ разъ не было принято,—то идея его была положена въ основу ипотечнаго режима въ первой же ближайшей къ нему кадификаціи,—прусскомъ Ландрехтѣ 1794 г.

ГЛАВА II.

Новое движеніе въ Мекленбургѣ.

Въ Мекленбургѣ правообразованіе шло издавна и вплоть до нашего времени тремя развѣтвленіями: 1) право городовъ, 2) право рыцарскихъ имѣній, 3) право крестьянскихъ имѣній. И вотчинно-ипотечный режимъ развивался особо и самостоятельно для каждой категоріи недвижимостей. Потому и намъ необходимо прослѣдить ходъ правообразованія для каждаго круга недвижимостей.

§ 40. Право Мекленбургскихъ городовъ.

Мы видѣли, какого развитого состоянія достигло ко времени рецепціи право Мекленбургскихъ городовъ въ области регулированія вотчиннаго оборота; видѣли затѣмъ, какое упорное сопротивленіе оказало мѣстами это право римскому вліянію, и съ какимъ перемѣннымъ счастьемъ оно боролось съ послѣднимъ вліяніемъ, и какъ въ концѣ-концовъ получилась троякая организація вотчинно-ипотечнаго режима: 1) въ однихъ городахъ римское право повлекло полное устраненіе вотчинныхъ книгъ; 2) въ другихъ—романизацію вотчинныхъ книгъ; 3) въ 3-хъ, число которыхъ наименѣе значительное, — національныя организаціи удержались въ относительно большей степени.

1. Видимо, эта послѣдняя и служила исходнымъ пунктомъ для новаго движенія въ правѣ вотчинно-ипотечнаго оборота, когда въ 1748 г. Мекленбургскіе города входятъ съ представленіемъ (Städtisches Gravawen) къ Мекленбургъ-Шверинскому герцогу, въ которомъ и просятъ объ организаціи въ городахъ правильныхъ ипотечныхъ книгъ, могущихъ служить надежной основой всего вотчинно-ипотечнаго оборота [1]). Однако, ходатайство городовъ смотритъ на запись ипотекъ съ романистической точки зрѣнія, лишь развитой настолько, насколько требуютъ интересы реальнаго кредита: всѣ ипотеки, договорныя и законныя, должны записываться въ ипотечныя книги и, безъ различія ихъ основаній, пользоваться пріоритетомъ по моменту записи; но запись не есть способъ возникновенія ипотеки, и незаписанныя ипотеки дѣйствительны,—только уступаютъ въ конкурсѣ всѣмъ записаннымъ ипотекамъ. О записи переходовъ собственности города не хлопочутъ, скорѣе всего, потому, что запись эта практиковалась и безъ того въ большинствѣ городовъ, тогда какъ запись ипотекъ и по національному германскому праву не всегда требовалась, а въ эпоху рецепціи римскаго права тѣмъ болѣе пришла въ упадокъ. Послѣдовавшія отъ негласности ипотечныхъ отношеній неблагопріятныя условія реальнаго кредита и заставили города войти къ герцогу съ представленіемъ. Герцогъ одобрилъ предположенія городского ходатайства и повелѣлъ принять мѣры къ исполненію его [2]).

2. Въ послѣдовавшемъ вскорѣ затѣмъ основномъ Мекленбургъ-Шверинскомъ законѣ Landes-Grundgesetzlicher Erbvergleich v. 18 Apr. 1755 [3]) вотчинно-ипотечная система разрѣшается уже на болѣе широкихъ началахъ. § 371 этого законодательнаго акта повторяетъ дословно одобренныя герцогомъ предположенія городовъ отъ 1748 г., а § 372 провозглашаетъ средне вѣковую Auflassung для переходовъ собственности, правда, романизованную. Нигдѣ

---

[1]) Sammlung aller für das Gr.-Herz. Meckl.-Schw. gültigen Land-Gesetze. Wismar. 1834. I, стр. 214. Herzogliche Resolutionen v. 21 Dec. 1748. Angelegenheiten der Städte in den Herzogthümern Schwerin u. Güstrow.-Grawamen § 34.

[2]) Тамъ же, противъ § 34 находится и отмѣтка Герцога.

[3]) То же изданіе, стр. 217.

тутъ, однакоже, мы не замѣчаемъ, чтобы вотчинно-ипотечная книга получила и fides publica, какой пользовалась въ ср. вв. [1]).

3. Въ началѣ 19 ст., им. въ Vg. v. 31 Mz. 1812 [2]), дается автентическое толкованіе Erbvergleich 1755 г. Во введеніи къ Vg. 1812 г. говорится, что начала, установленныя въ Erbvergleich 1755 г. оказываются недостаточными для устраненія споровъ, единообразія судебныхъ рѣшеній и полнаго обезпеченія кредиторовъ, довѣрившихся записи. Отъ этого реальный кредитъ горожанъ все еще страдаетъ. При совершеніи Verlassung рѣдко обращаютъ вниманіе на то, сколько переходитъ изъ имѣнья въ собственность новаго пріобрѣтателя недвижимости и сколько остается у продавца; отсюда, послѣдующіе кредиторы обманываются насчетъ цѣнности пріобрѣтаемой ими ипотеки и ея преимуществъ, получая описанія несуществующихъ вовсе имѣній. Далѣе, даже при правильно совершонной Verlassung, имѣнья часто отсуждаются въ цѣломъ или части, и тогда не совершаютъ погашенія прекратившихъ оттого свое существованіе ипотекъ, а новѣйшихъ кредиторовъ лица, утратившаго съ отчужденіемъ долю имѣнія, не оповѣщаютъ, такъ что эти кредиторы думаютъ, что они все еще имѣютъ ипотеку на цѣлую недвижимость. Все это порождаетъ безконечные споры между собственниками, адъюдикатаріями и наличными ипотечными кредиторами,—споры, которые при строгомъ примѣненіи Erbvergleich 1755 г. вовсе не должны были бы имѣть мѣста. Но не только между этими лицами, а и между записанными въ книгу кредиторами не рѣдки споры о пріоритетѣ. Въ виду этого и предпринимается автентическое толкованіе Erbvergleich § 371 слѣдующаго рода: § 1) Всѣ записанные кредиторы предпочитаются всѣмъ незаписаннымъ; между записанными пріоритетъ опредѣляется исключительно моментомъ записи; моментъ возникновенія ипотеки не имѣетъ значенія для пріоритета ни въ какомъ случаѣ. § 2) Reservatio dominii третируется впредь какъ ипотека. Не записанная reservatio d. имѣетъ значеніе чисто личнаго требованія, (на-ряду со всѣми незаписанными ипотеками). § 4, 5) Адъюдикація недвижимости дѣйствительна только съ момента записи въ вотчинную книгу, (тѣмъ болѣе добровольное отчужденіе недвижимости). Адъюдикація отмѣняетъ всѣ ипотеки. Вотчинное установленіе настойчиво приглашается отмѣчать это дѣйствіе адъюдикаціи въ вотчинной книгѣ, для чего устанавливается связь этихъ установленій съ судами.

Съ этого времени мы замѣчаемъ, какъ и судебная практика начинаетъ держаться твердо началъ Erbvergleich 1755 и Vg 1812. Въ то время какъ въ эпоху рецепціи, по свидѣтельству Мевіуса и Торновіуса, судъ въ сферѣ дѣйствія Любекскаго права, усвоеннаго и другими Мекленбургскими горо-

---

[1]) Meibom. Das Meckl. HR., стр. 7, склоненъ думать иначе, хотя у него же, стр. 8, мы встрѣчаемъ замѣчаніе, что и въ эпоху Erbvergleich не было недостатка въ лицахъ, смотрѣвшихъ на вотчинно-ипот. систему съ т. зр. римской (правит. коммиссаръ Radloff.). Наконецъ изъ VOg v. 13 Mai 1812 (ниже) видно, что иногда и Verlassung третировали въ римскомъ духѣ, а тѣмъ болѣе запись ипотекъ.

[2]) Raabe, Ges.-Samml, für die Meckl.-Schw. Lande II Folge II стр. 27 № 1212.

дами, напр. въ Висмарѣ, разсматривалъ запись ипотекъ какъ условіе привиллегированнаго положенія ипотеки, теперь, опираясь на ту же норму Любекскаго права, онъ начинаетъ третировать запись какъ установительный актъ, и всѣ записанныя ипотеки провозглашаетъ выше незаписанныхъ, даже привиллегированныхъ законныхъ ипотекъ, тогда какъ незаписанныя ипотеки ставитъ на одну степень съ чисто-личными требованіями. Хотя, формально, незаписанныя ипотеки все еще сохраняютъ свое названіе и третируются какъ видъ ипотекъ [1]).

§ 41. Право рыцарскихъ имѣній.

Для этихъ имѣній институтъ ипотечныхъ книгъ выросъ значительно позднѣе, чѣмъ для городскихъ, и именно изъ практики согласія леннаго господина, правителя страны, на залогъ имѣній [2]). Причемъ, по общему правилу, ленный господинъ никогда не отказывалъ въ разрѣшеніи на залогъ, разъ только къ тому имѣлась серьезная нужда [3]). Согласіе господина не вліяло на дѣйствительность ипотеки, но лишь придавало ей свойства h. publica и дѣйствіе противъ самого леннаго господина, [4]) наконецъ, оно вооружало ипотеку пріоритетомъ передъ всѣми, даже законными привиллегированными ипотеками, не соизволенными господиномъ [5]).

Иногда согласіе главы государства испрашивалось и при залогѣ аллодовъ, что дѣлалось или какъ остатокъ средневѣкового строя, судебной формы aeltere S., или какъ римскій actus publicus [6]).

Но вотъ, на мѣсто спеціальнаго согласія испрашивалось иногда согласіе леннаго господина вообще на изготовленіе ипотечной книги для имѣнія. И тогда запись въ такую книгу придавала ипотекѣ свойства h. publica [7]).

Этимъ путемъ нѣкоторыя рыцарскія имѣнія (не всѣ) и получили ипотечныя книги въ 18 столѣтіи [8]). Тогда же былъ урегулированъ въ общихъ чертахъ и порядокъ организаціи ихъ [9]). Книги были чисто ипотечныя, но не вотчинно-ипотечныя. Онѣ велись по реальной системѣ, но до 19 в. не было ни однообразія ихъ формы, ни завѣдыванія ими въ одномъ установленіи, ни тѣмъ болѣе publica fides ихъ.

---

[1]) Ober-Appelz.-Ger.-Erkenntnis v. 1830 въ Parchim. Rechtsfällen IV, 39; V, 115.
[2]) Meibom, 9 стр.
[3]) Reversalia v. 2 Juli 1572 art. 8, Sammlung aller f. d. Gr Hrz. M.-Schw. g. LGes. стр. 5.
[4]) Petri Tornovii Tractatus de fendis Meckl. I 451 § XVI; 447.
[5]) Vg. v. 6 F. 1641 у Meibom, 9.
[6]) Meibom, 9—10.
[7]) Meibom, 10.
[8]) Ritt. HO 1819 § 34, Meibom, 10, 11 стр.
[9]) Rescr. v. 6 Mz. 1779, v. 2 Aug. 1783 у Raabe, II F. II Bd.

§ 42. Право крестьянскихъ имѣній.

Ипотечный режимъ этихъ имѣній регулируется впервые лишь въ началѣ 19 ст., им. въ HO. für Büdner u. Erbzinsleute 12 Mz. 1814 г. [1]), изданной для крестьянъ, сидящихъ на доменныхъ земляхъ. Матеріальное право этого устава не выходитъ изъ круга идей, очерченныхъ выше для ленныхъ имѣній, но на формальной сторонѣ регламентаціи отражается уже вліяніе Прусскаго ипотечнаго устава 1783 г., напр. ипотечная книга имѣетъ рубрики; далѣе, она открыта осмотру всѣхъ безусловно, лишь за извѣстную плату, и т. п. По Vg 13 окт. 1827 г. [2]) уставъ 1814 г. получаетъ развитіе въ духѣ вышедшихъ къ тому времени новыхъ уставовъ для рыцарскихъ и городскихъ недвижимостей; книга превращается въ вотчинно-ипотечную и получаетъ современную внѣшнюю форму; но матеріальное ипотечное право сохраняетъ прежнія свойства, характерныя для разсматриваемаго нами переходнаго времени отъ эпохи римскаго вліянія къ современной эпохѣ.

Для прочаго сельскаго землевладѣнія, помимо доменовъ, изготовленіе ипотечныхъ книгъ не было обязательнымъ, но дозволялось, и тогда образцомъ служила чаще всего ипотечная организація мелкаго доменнаго землевладѣнія [3]).

ГЛАВА III.

Новое движеніе въ Саксоніи.

§ 43.

1. Въ Саксоніи въ ср. вв. пріобрѣтеніе вещныхъ правъ, им. rechte Gewere, совершалось въ судѣ (Dingstätte) по мѣсту нахожденія недвижимости, въ формѣ Auflassung [4]).

Но и въ Саксоніи римское право пустило глубокіе корни. Такъ, какъ саксонское право было типическимъ для Германіи, то саксонскія правовыя организаціи эпохи рецепціи служили однимъ изъ авторитетовъ которому подражали юристы другихъ германскихъ странъ. Когда, напр., Мевіусъ толкуетъ Любекское право и его норму о записи ипотекъ въ книгу понимаетъ въ духѣ римскаго actus publicus, онъ ссылается на Саксонское право.

И тѣмъ не менѣе, чуть-ли не съ самаго момента распространенія римскаго права въ Саксоніи мы встрѣчаемъ тамъ и коррективы, цѣлящіеся обезвредить римскій вотчинно-ипотечный режимъ.

---

1) Raabe, II 114.

2) Raabe, II 117.—Другія, менѣе значительныя, мѣры приводятся у Raabe II 15 и сл., V 268 и сл.

3) Историческаго значенія для изслѣдуемаго мною вопроса всѣ эти мѣры не имѣютъ, и я лишь поименую ихъ: для мелкаго землевладѣнія на городскихъ земляхъ ипотечная система была введена Vg. v. 6 F. 1830 (Raabe II 119), на рыц. имѣніяхъ—Vg. v. 6 F. 1827 (Raabe IV 200), на церковныхъ—Vg. v. 14 Dec. 1826, HO. v. 19 S. 1837 (Raabe II 118, 119).

4) Sachsenspiegel B. I, 9. 52, Schmidt, Vorlesungen, Lpz, 1869. I Bd. 209.

Съ незапамятныхъ временъ въ Саксоніи переходъ недвижимостей и возникновеніе ипотеки обусловливаются въ той или иной мѣрѣ записью въ особыя книги [1]).

Изъ данныхъ отъ 16 в. мы узнаемъ, что книги эти возникали путемъ судебной практики и въ эпоху рецепціи имѣли романистическій характеръ [2]).

2. Эту судебную практику и возводятъ въ законъ Constitutiones v. 21 apr. 1572 [3]).

Впрочемъ, отношенія по собственности регулируются въ Constitutiones (XXIX) еще очень слабо, но отношеніе ипотеки и въ нихъ уже (XXIII) регулируется отчетливо, при томъ въ романистическомъ духѣ. За общее правило признается возникновеніе договорной ипотеки съ участіемъ суда или леннаго господина, при чемъ ипотека записывается въ судебную книгу по мѣсту положенія обременяемой недвижимости. И только такая ипотека признается h. publica, что, по конституціи, означаетъ ипотеку съ полнымъ дѣйствіемъ. Частная ипотека въ отношеніи 3-хъ лицъ не имѣетъ никакой силы; въ отношеніи сторонъ она имѣетъ лишь то дѣйствіе, что должникъ не можетъ требовать отъ кредитора переданное ему во владѣніе имѣніе, не уплативъ сумму долга, Pfand-Schilling (очевидно имѣется въ виду aeltere S.). Hypotheca quasi publica, или нотаріальная, уступая записанной въ судебную книгу ипотекѣ, все же имѣетъ дѣйствіе какъ въ отношеніи должника, такъ и въ отношеніи 3-хъ лицъ, и въ конкурсѣ она идетъ впередъ личныхъ требованій.

Законные залоги всякаго рода [4]) остаются незатронутыми ипотечнымъ режимомъ конституціи 1572; они регулируются, въ общемъ, римскимъ правомъ [5]); но допускаются они только на аллоды; на лены—не допускаются [6]).

Участіе суда при установленіи ипотекъ называется consens и означаетъ извѣстнаго рода опеку власти надъ подданными [7]).

Порядокъ распредѣленія кредиторовъ въ конкурсѣ, въ общемъ римскій, носитъ уже и специфическія черты: I) виндиканты, абсолютно - прив. кредиторы; II) h. publica, законныя и судебныя; III) нѣкоторыя привиллегированныя требованія; IV) арестъ безъ ввода во владѣніе; V) прочія притязанія [8]).

---

[1]) Codex Augusteus v. Cunig, Leipzig 1724. I 73 и сл. P. 2 const. XXIII: „durch langwierigen Gebrauch"; Siegmann, das Köngr. Sächs. HR. Leipzig 1875, стр. 1—12: „Handels-Kauff-Consens-Bücher",

[2]) Цит. Cod. Augusteus.

[3]) Churfürst Augusti Vgen u. Constitutiones in IV Theilen den 21 Apr. 1572 въ Codex Augusteus I стр. 73; constit. XXIII и XXIX (стр. 92 и 98).

[4]) Перечень ихъ въ Aeltere Proz-Og. tit. XLIII § 5, T. XLV § 2, 3, 4, T. XLIII § 1—4 и XLII § 6: кругъ римскихъ ипотекъ расширенъ въ общемъ духѣ періода рецепціи.

[5]) Const. XXV. P. II, Cod. August. стр. 93.

[6]) Eod.

[7]) Aeltere Prz-Og. tit. XLII § 2, 3, Codex Aug. 1106, 7.

[8]) P. I Iudicialia, Constit. XXVIII. Codex Aug. I стр. 75.

Экзекуція на недвижимость дышетъ національнымъ духомъ, сопряжена съ крайней волокитой и отвѣчаетъ еще условіямъ натур. хозяйства [1]).

3. Die alte Prozessordnung v. I. 1622 [2]), въ существенномъ, повторяетъ право Constitutiones (XXIII) [3]) и подчеркиваетъ начало, что записанныя договорныя ипотеки получаютъ пріоритетъ по моменту ихъ установленія [4]). Но судебный уставъ кое въ чемъ и развиваетъ ученіе объ ипотекѣ. Такъ, онъ знаетъ 4 вида ипотекъ: законныя, договорныя, судебныя и арестъ [5]).

Законныя ипотеки, по прежнему, регулируются общимъ римскимъ правомъ [6]), но не допускаются на ленъ [7]).

О договорныхъ ипотекахъ намъ уже извѣстно.

Судебныя ипотеки имѣютъ, по судебному уставу 1622 г., мѣсто тогда, когда по судебному приговору или безспорному акту (Klare Brieff u. Siegel), въ силу коего уже лицо имѣетъ paratam executionem, опредѣляется дѣйствительная помощь и вводъ во владѣніе или таковая мѣра предпринимается по особому приказу, въ силу тѣхъ же актовъ. Такой pignus judiciale есть вещное право, пріоритетъ его опредѣляется моментомъ предоставленія его лицу, въ остальномъ же онъ всецѣло уравнивается съ договорнымъ залогомъ [8]).

Ипотеку давалъ, наконецъ, и такъ называемый „саксонскій арестъ“ (arrestus saxonicus), освященный практикой и подтвержденный королевской конституціей. Арестъ этотъ имѣлъ мѣсто тогда, когда кредиторъ почему-либо сталъ сомнѣваться въ надежности должника; кредиторъ былъ воленъ въ такомъ случаѣ наложить руку на имущество должника, арестовать послѣднее, и съ арестомъ кредиторъ получалъ такое вещное право, въ силу котораго, при удовлетвореніи, онъ шелъ впередъ всѣхъ другихъ кредиторовъ, не имѣвшихъ старѣйшаго сравнительно съ арестомъ вещнаго права на имѣнія должника [9]). Старшинство и дѣйствительность этого вида ипотеки опредѣляются днемъ и часомъ предъявленія письменной просьбы о немъ и немедленно слѣдующей за симъ судебной записи ареста [10]). Но если за время до извѣщенія должника объ установленіи ареста на его имѣніе должникъ предоставитъ право на это имѣніе 3-му лицу, то дѣйствіе ареста въ отношеніи 3-го лица начинается съ момента сообщенія объ арестѣ должнику, т. е.

---

1) P. I Const. XXXII. Cod. Aug. I, 84 стр.

2) Prozess-u. Gerichts-Ordg Churf. Iohann Georgeus des I zu Sachsen, den 28 Iulii An. 1622, въ Codex Aug. 1067. Объ ипотекѣ вообще трактуютъ tit. XLIV — XLVI, стр. 1109—1114.

3) Tit. XLVI § 1, 2, 3.

4) XLIV § 2, XLVI § 9: но не по записи въ суд. кн. Это—ослабляетъ публицитетъ.

5) Tit. XLIV § 1.

6) Tit. XLV § 1, стр. 1110, Cod. Aug.

7) Eod. § 14.

8) Tit. XLII § 1.

9) Tit. LI § 2.

10) T. XLVIII § 1.

3-е лицо сохраняетъ предоставленное ему право съ преимуществами въ отношеніи ареста [1]).

Уступка ипотекъ допускается уставомъ при аллодіальныхъ имѣніяхъ безъ судебной инсинуаціи [2]).

Порядокъ распредѣленія кредиторовъ въ конкурсѣ значительно разработанъ уставомъ сравнительно съ Constitutiones, хотя схема осталась прежней [3]).

Экзекуціонное производство также развивается уставомъ, безъ существенныхъ измѣненій общаго его характера [4]).

4. Во второй половинѣ 17 ст., им. въ т. наз. aeltere churfürstliche Decisionen [5]) (LX и LXI) вотчинно-ипотечный режимъ получаетъ подтвержденіе и даже нѣкоторое развитіе. Такъ, h. quasi publica регулируется нѣсколько точнѣе (LX) [6]); точнѣе регулируется и порядокъ пріобрѣтенія собственности (LXI). Такое пріобрѣтеніе совершается при содѣйствіи суда; судья получаетъ участокъ отъ отчуждателя и передаетъ его пріобрѣтателю. Самая сдѣлка конфирмуется судомъ. Этотъ порядокъ практикуется не только при ленныхъ, но и при аллодіальныхъ имѣніяхъ. Запись перехода собственности въ Gerichtshandelsbuch также предписывается закономъ. Но имѣетъ-ли весь этотъ обрядъ значеніе Auflassung или модифицированной римской традиціи,—вопросъ сомнительный и спорный въ литературѣ; еще болѣе трудностей встрѣчаемъ при установленіи деталей отношенія [7]).

5. Дальнѣйшій и значительный шагъ впередъ къ намѣченной цѣли урегулированія реальнаго кредита дѣлаетъ erläuterte Prozessordnung v. J. 1724 [8]).

Этотъ уставъ открыто отмѣняетъ h. quasi publica, извѣстную старому уставу. Такимъ образомъ, дѣйствительной остается впредь одна лишь книжная ипотека [9]).

Регулируется и положеніе %-аго требованія въ цѣляхъ специализаціи суммы ипотечнаго требованія. %-ое требованіе занимаетъ рангъ капитальнаго требованія, но не свыше недоимки за 3 г. до осуществленія ипотеки или до открытія конкурса надъ должникомъ. Прочая доля %-аго требованія идетъ въ конкурсѣ позади всѣхъ даже личныхъ требованій. Но судъ имѣетъ право, выражая свой consens на сдѣлку, установить иной пріоритетъ %-аго требованія [10]).

---

[1]) Eod.

[2]) Tit. XLVI § 7.

[3]) Tit. XLI стр. 1106 Cod. Aug, Громоздкія подробности въ tit. XLII—L.

[4]) Tit. XXXIX, Cod. Aug. 1099—1102.

[5]) Отъ 1661 г. см. Cod. Aug. I стр. 294.

[6]) Перечисляются случаи, гдѣ имѣетъ мѣсто h. quasi p.—Повторяется и начало объ уступкѣ ипотекъ безъ записи въ книгу; eod. XL.

[7]) Schmidt, Vorlesungen, стр. 209 и друг.—сомнительно и отзывается позднѣйшей эпохой.

[8]) Herrn Friderici Augusti Erläuterung u. Verbesserung des bisherigen Prozess-u. Gerichts-Ordnung, den 10 Jan. 1724. Cod. August. I 2381. Уставъ оставляетъ въ силѣ старый уставъ во всемъ, что открыто не отмѣняется.

[9]) Ad tit. XLVI § 1 и 2: „Soll ganz ohne Wirkung sein".

[10]) Ad tit. XLVI, § 3.

Цессія ипотеки связывается теперь также судебной формой и записью въ ипотечную книгу [1]).

Отмѣняются договорныя генеральныя ипотеки. При установленіи ипотеки теперь требуется съ точностью опредѣлять отдѣльное обременяемое имѣнье [2]). Но не возбраняется ради одного требованія установить нѣсколько спеціальныхъ ипотекъ на отдѣльныя недвижимости. Кредиторъ имѣетъ въ такомъ случаѣ право свободнаго выбора порядка осуществленія своего права [3]).

Отмѣняется ипотека, возникавшая раньше изъ саксонскаго ареста [4]).

При обработкѣ устава было обращено вниманіе правительственнымъ комиссаромъ Griebner'омъ и на вредъ для реальнаго кредита, проистекающій отъ молчаливыхъ законныхъ ипотекъ [5]).

Но сословія высказались противъ предложенной комиссарами отмѣны молчаливой ипотеки. Тѣмъ не менѣе, взглядъ комиссіи восторжествовалъ [6]). Уставъ 1724 г. отмѣняетъ не только преимущества, которыя были связаны до сихъ поръ съ нѣкоторыми молчаливыми ипотеками [7]), но и всѣ молчаливыя ипотеки [8]). Всѣ такія ипотеки для дѣйствительности ихъ должны быть записаны въ ипотечную книгу. съ согласія суда [9]), но рангъ ихъ опредѣляется, подобно всѣмъ ипотекамъ, моментомъ возникновенія ихъ основанія [10]). Заботы о записи законныхъ ипотекъ возлагаются на опекунскія установленія (въ отношеніи ипотекъ въ пользу подопечныхъ) и на компетентныя власти (въ отношеніи ипотекъ фиска); прочіе кредиторы заботятся сами о себѣ [11]).

Порядокъ удовлетворенія кредиторовъ въ конкурсѣ регулируется теперь проще и къ выгодѣ реальнаго кредита, въ виду усовершенствованій въ матеріальномъ правѣ. Записаннымъ ипотекамъ теперь предшествуетъ лишь незначительная группа абсолютно-привилллегированныхъ требованій; за послѣдними слѣдуютъ записанныя ипотеки по порядку возникновенія ихъ; и за послѣдними уже удовлетворяются всѣ прочія притязанія [12]).

---

1) Eod, § 2.
2) Ad tit. XLIV § 1.
3) Eod. § 2.
4) Ad tit. XLVIII § 1: „dem Credit-Wesen zum besten, und zu Verkürzung derer Processe".— Отмѣняется и производство объ арестѣ (ad ti tLI) и замѣняется правомъ кредиторовъ, въ случаѣ несостоятельности должника, заявлять о своихъ правахъ суду; судъ налагаетъ запрещеніе, которое служитъ на пользу всѣмъ и 3-мъ кредиторамъ.
5) Siegmann, стр. 4, 5.
6) Siegmann, 4, 5.
7) Ad tit. XLIII.
8) Ad tit. XLV § 1—4.
9) Ad tit. XLIII i. f., tit. XLV § 1.
10) Ad tit. XLIII: „auf welchen Fall si gleichwohl kein Vorzugs-Recht vor denen ältern Creditoribus hypothecariis haben, sondern gleich denen andern Gläubigern, nach Ordnung der Zeit des erhaltenen Pfandrechts befriediget".
11) Ad tit. XLV § 1.
12) Ad tir. XLI—LX.

Экзекуція на недвижимости также представляетъ интересное развитіе началъ стараго устава въ духѣ новаго времени [1]).

Участіе суда или леннаго господина при записи ипотекъ попрежнему называется consens [2]). Это согласіе не требовалось, по исключенію, лишь въ случаѣ reservatio dominii, установленія ипотеки по случаю неполученія цѣны за отчужденную недвижимость или — доли наслѣдства при наслѣдованіи [3]).

6. Крутыя мѣры, принятыя Erl. PO. 1724 г. въ отношеніи молчаливыхъ ипотекъ, не были усвоены жизнью. Жизнь была еще за нихъ. И законодатель вынужденъ былъ нѣсколько разъ продолжать срокъ записи существующихъ молчаливыхъ ипотекъ [4]), а потомъ — и вовсе отмѣнить обязанность записи важнѣйшихъ изъ нихъ въ Mandat. v. 24 Sept. 1734.

Напомнивъ вкратцѣ содержаніе прежнихъ мандатовъ, законодатель признается, что выполненію ихъ въ жизни встрѣтились непреодолимыя препятствія и что открытыя ипотеки не такъ помогаютъ нуждающимся въ государственной охранѣ интересамъ многихъ учрежденій и лицъ, состоящихъ подъ опекой, — какъ молчаливыя. Поэтому и повелѣвается: 1) сохранить впредь важнѣйшія молчаливыя ипотеки, им. фиска, piae causae, женъ, малолѣтнихъ дѣтей отъ I-го брака и miserabilae personae; 2) сохранить до естественнаго прекращенія всѣ молчаливыя ипотеки, возникшія до изданія устава 1724; 3) во всемъ остальномъ сохранить силу Mandat. 26 Juli 1730, подчиняющаго прочія ипотеки впредь непремѣнной записи.

ГЛАВА IV.

Новое движеніе въ Баваріи.

§ 44. Право коренной Баваріи.

Современная Баварія образовалась изъ массы мелкихъ государствъ. Въ коренной Баваріи вотчинно-ипотечный оборотъ вплоть до 20-хъ годовъ 19 столѣтія покоился на римскомъ правѣ, измѣненномъ, какъ и вездѣ въ Германіи, въ цѣляхъ большей обезпеченности реальнаго кредита. Самыя измѣненія въ

---

[1]) Ad tit. XXXIX—XL.

[2]) Ad tit. XLIV § 1 и друг.

[3]) Alte PrOg XLII § 2, 3. Cod. Aug. 1106, 7 стр. Erläut. PO. ad tit. XLII § 7 (eod. 2480).

[4]) Mandat 26 Julii 1730 (Cod. Aug. III 283): „предписаніе устава 1724 г., отмѣняющее молчаливыя ипотеки и установившее 6 лѣтъ для записи существующихъ такихъ ипотекъ, не выполняется въ послѣднемъ пунктѣ. Отсюда происходитъ ущербъ для тѣхъ, чьи ипотеки должны были записываться ex officio. Поэтому 6 л. срокъ продолжается еще на 2 г., им. до Michaelis 1732. Въ этотъ срокъ всѣ ипотеки, датирующія изъ прежняго времени, должны быть записаны, и съ истеченіемъ 2-хъ-лѣтняго срока всѣ молчаливыя ипотеки гаснутъ и никакая restitutio не будетъ допущена“. Но противная укоренившимся въ обществѣ понятіямъ мѣра не имѣла успѣха и на этотъ разъ. И 2 авг. 1732 г. издается 2-ой Mandat (Cod. Aug. III 295), продолжающій срокъ записи еще на 2 года, им. до Michaelis 1734 г., съ прежней угрозой. И это не помогло.

Баваріи очень сходны съ первыми мѣрами, предпринимавшимися въ тѣхъ же цѣляхъ законодательствами другихъ германскихъ правъ: то же содѣйствіе судебной власти при совершеніи сдѣлокъ, устанавливающихъ вещное право, и та же запись сдѣлокъ въ судебную книгу, чаще всего со значеніемъ римскаго actus publicus [1]).

Въ частности, ипотечное право регулировалось также довольно близко къ римскому праву. Законныя ипотеки, простыя и привиллегированныя, дѣйствовали ipso jure, и категоріи ихъ въ Баварскомъ правѣ были общія для эпохи рецепціи съ категоріями, извѣстными другимъ германскимъ правамъ [2]).

Договорныя ипотеки дѣлятся на h. publicae, совершонныя передъ судомъ или компетентной властью, по мѣсту нахожденія недвижимости, и записанныя въ судебный протоколъ [3]), — и на h. quasi publicae, совершенныя передъ нотаріусомъ или 3-мя свидѣтелями [4]).

Особенность Баварскаго права составлялъ еще видъ h. publica, совершонныхъ самими лицами на свои имущества, — каковое право принадлежало привиллегированнымъ лицамъ (Siegelmässige) [5]), и h. quasi p., совершонныя такими лицами въ интересахъ 3-хъ лицъ [6]).

Правиломъ была въ Баваріи h. publica [7]); h. quasi p. уступала первой по своему дѣйствію [8]). H. privata была ничтожной [9]).

Расположеніе ипотекъ въ конкурсѣ было крайне запутаннымъ, что мало благопріятствовало реальному кредиту [10]).

Большой помѣхой для успѣшнаго развитія кредита служилъ въ Баваріи и упомянутый выше институтъ Siegelmässigkeit. Это была привиллегія цѣлыхъ классовъ общества, какъ-то: дворянства, духовенства, знатныхъ горожанъ, чиновниковъ, лицъ съ высшимъ образованіемъ,—словомъ, классовъ, лица коихъ имѣютъ званіе не ниже нашего личнаго почетнаго гражданства [11]). Привиллегія состояла въ томъ, что Siegelmässige Person имѣла право совершить открытую ипотеку для себя и содѣйствовать своимъ участіемъ совершенію ипотеки для 3-хъ лицъ, въ качествѣ полуоффиціальнаго органа. При чемъ, совершонная такимъ лицомъ для себя, ипотека уравнивалась по дѣйствію съ h. publica, а, совершенная 3-мъ лицомъ при его участіи, ипотека уравнивалась съ h. quasi p. Покоившійся на идеѣ классовой чести и довѣрія институтъ привелъ на практикѣ къ страшнымъ злоупотребленіямъ. Земле-

---

1) Regelsberger, Das Bayr. HR. Lpz. 1874—77, стр. 4.

2) Codex Jur. Bav. Iudiciarii. De Anno MDCC. LIII. Oder bayer. Ger. Og. neu aufgelegt, München 1810 гл. 19 § 4—10.

3) Eod. § 9.

4) Eod. § 11.

5) § 9 u. 4 и 7 eod.

6) § 11 u. 2 и 3 eod.

7) § 9 u. 4 eod.

8) Ср. § 9 u. 11 eod.

9) § 9 u. 4 eod.

10) Codex Jur. Bav. Iudic. гл. 19 § 5—11.

11) См. eod. гл. 19 § 9.

владѣльцы, имѣющіе такую привилегію, обнаружили полную необузданность въ расположеніи ипотекъ, кромѣ того они совершали подлоги, выпуская ипотечные акты съ датой старѣйшей, чѣмъ ипотека возникла въ дѣйствительности, что подрывало экономическую цѣнность предшествующихъ ипотекъ. Вопіющіе примѣры злоупотребленій уничтожили кредитъ привиллегированныхъ помѣщиковъ. И одной изъ первыхъ мѣръ Баварскаго конституціоннаго правительства въ началѣ 19 ст. была отмѣна привиллегіи и подчиненіе привиллегированныхъ классовъ общему порядку совершенія ипотекъ [1]).

Но и помимо того въ Баваріи издавна дѣлались попытки поставить ипотечный оборотъ на болѣе твердую почву. Такъ, на Ландтагѣ въ Мюнхенѣ въ 1669 г. былъ поднятъ и обсуждался вопросъ объ организаціи для Баваріи Landtafel. Былъ составленъ и проектъ устава о Landtafel, — но все это осталось безъ послѣдствій. Люди близорукіе, но вліятельные, опасались, что Landtafel вскроютъ имущественное состояніе владѣльцевъ недвижимостей и что это повлечетъ за собою крахъ и паденіе реальнаго кредита. Помѣщики, въ свою очередь, находили, что это вскрытіе не отвѣчаетъ чести рыцарскаго сословія,—оно постыдно, унизительно и вредно, такъ какъ выясняетъ истинное положеніе имущественной состоятельности благородныхъ [2]).

Значительно позднѣе, именно въ Instruction für die obere Landesregirung v. 16 Aug. 1779 снова рекомендуется введеніе правильно-организованныхъ ипотечныхъ книгъ, какъ вѣрной и необходимой основы вотчинно-ипотечнаго оборота,—но также безуспѣшно [3]).

Въ Instruction für die General-Landes-Direction v. 23 Apr. 1799 вторая депутація этой коллегіи получаетъ порученіе организовать ипотечныя книги. Безрезультатно [4]).

Начиная съ 1807 г., учреждается комиссія за комиссіей въ цѣляхъ выработки мѣръ для урегулированія реальнаго кредита. Но время было мало благопріятнымъ для того [5]), и только въ 1819 г. правительству удается выработать проектъ ипотечной реформы.

Въ отдѣльныхъ областяхъ Баваріи и до, и послѣ присоединенія ихъ къ послѣдней—встрѣчаются партикулярныя, нерѣдко очень интересныя организаціи вотчинно-ипотечнаго режима. Это именно: въ Вюрцбургѣ, Рейнскомъ округѣ, Меммингенѣ, Нюренбергѣ, Аугсбургѣ, Швейнфуртѣ, Регенсбургѣ, Бамбергѣ, Мюнхенѣ, Кемптенѣ, Майнцѣ и др.

Важнѣйшія изъ этихъ организацій и составятъ предметъ дальнѣйшаго изложенія [6]).

---

[1]) См. Verhandlungen der Zweiten Kammer der Ständeversammlung v. Bayern. Bd. V 1819 г.. стр. 351, 52, 44. Bd. III 1822 стр. 197—98, 124 и сл. 167 и сл. и мн. друг.

[2]) Verhandlungen v. J. 1819. Bd. V стр. 345, v. I. 1822. Bd. III стр. 202, 3.

[3]) Eod. 1819. Bd. V стр. 345.

[4]) Eod.

[5]) Eod. v. J. 1819. Bd. XIII стр. 319 и слѣд.

[6]) Ср. Verhandlungen 1822. Bd. III стр. 216 и мн. друг., Regelsberger, стр. 5 и слѣд.

§ 45. Право княжества Бамбергъ.

Общее право Бамберга совершенно сходно съ очерченнымъ общимъ баварскимъ правомъ [1]). Но для ленныхъ имѣній въ Бамбергѣ выработалась своеобразная организація ипотечнаго оборота, извѣстная подъ именемъ Lehens-konsense, или ипотекъ, установленныхъ передъ леннымъ господиномъ и съ его согласія на ленное имѣнье [2]). И эти ипотеки на ленныя имѣнья, въ цѣломъ, регулируются общими началами леннаго права, какъ-то: ипотека договорная дѣйствительна лишь тогда, когда установлена съ согласія леннаго господина, но закономъ и обычаемъ освященныя ипотеки допускаются на ленъ и безъ открытаго согласія господина; ленный господинъ можетъ дать свое согласіе на ипотеку любой цѣнности и на любой срокъ; онъ не отвѣчаетъ передъ кредиторомъ по возмѣщенію ущерба, когда ипотека останется неудовлетворенной въ конкурсѣ, если только въ консензуальномъ актѣ оговорено, что цѣна предмета была въ моментъ установленія ипотеки такая-то, и указаны всѣ уже лежащія на ленѣ ипотеки. [3]).

Но интересъ представляетъ въ организаціи ипотекъ на лены въ Бамбергѣ то, что въ основу организаціи полагается различіе по юридическому дѣйствію консензовъ, данныхъ леннымъ господиномъ на ипотеки, не превышающія $^1/_3$ цѣны лена и 6-ти-лѣтняго срока дѣйствія, и на всѣ прочія ипотеки [4]).

Перваго рода ипотеки, т. е. въ предѣлѣ $^1/_3$ цѣны недвижимости и 6-ти лѣтняго срока дѣйствія, пользуются въ конкурсѣ jus separationis [5]), подобно немногимъ другимъ правамъ исключительно важнаго значенія [6]). По такимъ ипотекамъ, далѣе, кредиторъ удовлетворяется въ всякомъ случаѣ полностью, хотя-бы ленъ стоилъ въ это время уже дешевле, чѣмъ въ моментъ установленія ипотеки [7]). %, слѣдуемый на капитальную сумму обезпеченнаго такой ипотекой требованія, пользуется въ конкурсѣ до размѣровъ 2-хъ-лѣтней недоимки одинаковымъ положеніемъ съ капитальнымъ требованіемъ, остальная же накопившаяся сумма %'а занимаетъ рангъ обыкновенной ипотеки, т. е. удовлетворяется по 3-му классу, если только кредиторъ не принималъ мѣръ ко взысканію такой недоимки, иначе же занимаетъ одинаковое положеніе съ капитальнымъ требованіемъ [8]).

---

[1]) См. Des Kaiserlichen Hochstifts u. Fürstenthums Bamberg verfasstes Land-Recht. I Th. v. Civil-oder Bürg. Sachen. Bamberg 1769. II Th. Verordnungen 4—5. См. особенно 4 Vg. § I, XXV, XXIV.

[2]) См. Bamb. LR. II Th. Vgen 4—5.

[3]) См. IV Vg §§ II, IV, III, V, XX, IX. Невѣрно Регельсбергеръ, Das. Bayr. HR., стр. 5, 6.

[4]) Bamb. LR. Vg. IV § XII VOg. V tit. 2 § IV n. 5 и §§ 6—10.

[5]) Bamb. LR. II. Th. 5 Vg II tit. § IV n. 5: „aus sonders bewegenden Ursachen zu Erhaltung des offentlichen Credits“..

[6]) Eod. II tit. § II—IV.

[7]) 5 Vg. II tit., § VII.

[8]) Eod. § VIII.

Напротивъ, ипотеки, превышающія своей цѣнностью $^1/_3$ цѣны имѣнья или установленныя на срокъ свыше 6 л., распредѣляются въ конкурсѣ такимъ образомъ: въ остаткѣ, превышающемъ $^1/_3$ цѣны имѣнья ипотеки перваго рода и во всей суммѣ ипотеки второго рода, относятся къ 3-му классу конкурсныхъ притязаній, и тамъ онѣ идутъ въ уровень съ прочими hypothecae publicae et speciales, располагаясь по порядку времени установленія ихъ [1]). Но допускается возобновленіе ипотеки, по истеченіи предѣльнаго срока, на условіяхъ, гарантирующихъ вѣрность ипотеки [2]) [3]).

Внѣшняя организація ипотечнаго дѣла ленныхъ имѣній въ Бамбергѣ была поставлена слѣдующимъ образомъ:

Ленный господинъ не только даетъ согласіе на ипотеку, какъ верховный собственникъ обременяемой недвижимости, но и отправляетъ функціи ипотечнаго установленія, функціи jurisdictio voluntaria [4]). Въ отношеніи леновъ правителя страны эти функціи выполняетъ Lehenhof и Cammer по принадлежности [5]). Тамъ ведутся Lehen-Bücher или Consens-Protokollen [6]). На ленномъ господинѣ лежатъ тѣ же обязанности, какія общимъ правомъ возложены на общаго правительственнаго судью (Voigtey-Herr), въ частности—обязанность давать точныя свѣдѣнія кредиторамъ о соизволенныхъ уже раньше ипотекахъ, подъ страхомъ имущественной отвѣтственности.

Такъ какъ правовое и экономическое значеніе ипотеки лена зависитъ отъ соотношенія ея цѣнности къ цѣнности имѣнья, то и было обращено большое вниманіе на организацію оцѣнки имѣній. Оцѣнка совершается особымъ чиновникомъ (Lehenschultheisz) и оцѣнщиками [7]). Чтобы привиллегированная ипотека и впредь сохранила это свое свойство, каждыя 6 лѣтъ, при возобновленіи ея, совершалась переоцѣнка. Переоцѣнка имѣла мѣсто и при установленіи каждой послѣдующей ипотеки, при наличности старѣйшихъ ипотекъ [8]).

Осуществляется ипотека внѣ и въ конкурсѣ черезъ общаго судебнаго чиновника (Voigtey-Herr), но ленному господину отводится всякій разъ участіе, какъ лицу заинтересованному и оффиціальному. Такъ, ему прежде всего предоставляется отчужденіе имѣнья, опредѣленіе цѣны имѣнья и вызовъ привиллегированныхъ ипотечныхъ кредиторовъ по случаю открытія конкурса и

---

1) Eod. § 10.

2) Eod. 4 Vg., § XI.

3) Разнаго рода подробности въ Vg. 4 § 20, 5 Vg. II tit. § XIII, 4 Vg. § XIII, XV, XVI. Ср. еще 5 Vg II tit. § XII—XIV: главнымъ образомъ объ уравненіи dominia reservata съ ипотеками и объ обязанности леннаго господина давать соизволеніе въ серьезныхъ случаяхъ.

4) Bamb. LR. II Th. 4 VOg. § XIX XX и друг. Ср. Verhandlungen, 1822 III т. 175 стр.

5) B. LR. eod. § II.

6) Eod. § XIX.—Описаніе формы книгъ въ Verhandlungen v. 1822, III 286: книги большія, старыя; на одной сторонѣ листа содержатъ описаніе титула, на другой—картинку, представляющую ленъ, но точной, межевой карты нѣтъ; на одной изъ страницъ указываются и владѣльцы, съ прилегающими къ имѣнію сосѣдями.

7) Verhandlungen v. 1822, III 288.

8) Eod.

т. д. Онъ же и удовлетворяетъ полностью своевременно заявившихся привиллегированныхъ кредиторовъ, внѣ общаго конкурснаго производства. Просрочившіе же съ заявленіемъ своихъ правъ привиллегированные ипотечные кредиторы переводятся въ 3-й классъ, въ ряды общихъ ипотечныхъ кредиторовъ. И только когда ленный господинъ не будетъ въ состояніи выполнить указанныхъ дѣйствій, осуществленіе ипотеки и удовлетвореніе всѣхъ притязаній выполняется общими судебными установленіями (Voigtey-Herr) [1]).

Привиллегированныя ипотеки (въ предѣлахъ $^1/_3$ цѣны имѣнья и 6 л. срока) получили на рынкѣ широкій спросъ и оборотъ. Благодаря обезпеченности, какую давали онѣ помѣщаемымъ подъ нихъ капиталамъ, и % съ капитала былъ при нихъ для того времени довольно умѣреннымъ (4%—5%). Ипотечныя свидѣтельства въ эпоху расцвѣта института почитались въ Бамбергѣ за наличныя деньги. Въ самыя тяжелыя времена институтъ пользовался популярностью и оказывалъ большія услуги народному хозяйству, напр. послѣ 7-лѣтней войны.

Но и этотъ институтъ нерѣдко служилъ орудіемъ для злоупотребленій. Послѣднія практиковались особенно при оцѣнкѣ имѣнья; оцѣнщики, руководимые нерѣдко корыстными цѣлями, дѣлали невѣрную оцѣнку, и часто привиллегированные кредиторы оставались въ конкурсѣ безъ удовлетворенія. Особенно ненадежны были консензы, исходящіе отъ частныхъ дворянскихъ фамилій. Злоупотребленія при оцѣнкѣ такъ развились со временемъ, что довѣріе къ привиллегированнымъ ипотекамъ пало, и въ началѣ 19 ст., подъ предлогомъ его феодальнаго духа, былъ осужденъ камерой сословныхъ представителей и самый институтъ [2]).

§ 46. Право Reichsstift Kemptzen.

Въ этой области организація реальнаго кредита входила въ болѣе широкую и совсѣмъ своеобразную организацію національнаго кредита, отлитую въ форму особыхъ земскихъ книгъ (Kemptener Landtafel) [3]).

1. Начало институту было положено въ 1738 г. въ Vg. v. 14 Apr. Цѣль института опредѣлялась при самомъ его возникновеніи просто: вскрыть имущество, чтобы знать, насколько можно кредитовать данное лицо надежнымъ образомъ [4]). Но затѣмъ послѣдовалъ рядъ другихъ мѣръ, частью

---

[1]) Внѣ конкурса: Bamg. LR. II ч. 4 Vg. § XXI, XXII; конк. производство вообще Eod. 5 Vg. I—III tit., особ. § V, VII, IX.

[2]) См. Verhandlungen, 1822, Bd. III стр. 175, 217, 229, 286, 288 — 290; 1819 г., Bd. V стр. 405 и друг.

[3]) Институтъ излагаю по: Jahrbücher der Ges.-Gbg. u. Rechtspflege im Kgr. Bayern, v. Gönner u. Schmidtlein II Bd. Erlangen 1819. Стр. 85—109; v. Weber, Darstellung der Sämm. Provz.—u. Statutarr. des Kgr. Bayern. Augsburg 1841. Bd. IV Th. I, 112 — 115; Gönner, Ueber die zweckmässige Einrichtung des H.-Buchs. München, 1823, стр. 44 — 45 Verhandlungen der Ständeversammlung. 1822. Bd. III, стр. 173 и сл.; Regelsberger, Das Bayr. HR., стр. 6, 7. Самыхъ источниковъ права, къ сожалѣнію, не имѣлъ возможности получить въ руки.

[4]) „Man wolle eines jeden Unterthans Vermögen entwerfen lassen, damit jeder

удачныхъ, частью неудачныхъ, пока институтъ не получилъ въ концѣ 18 ст. свою окончательную обработку.

2. Завѣдывало кредитной организацiей особое установленiе, единое для всей области [1]). Landtafel, которыя велись въ установленiи, дѣлились на Haupt-LT. и на Todtenbuch [2]). Первыя дѣлились по приходамъ, для которыхъ предназначалось по 1, 2, 3 и 4 тома [3]). Книги были доступны осмотру каждаго гражданина [4]). Haupt-LT. были не только ипотечными, но и вотчинными, но велись онѣ не по реальной, а по личной системѣ, им. по именамъ собственниковъ [5]).

Всѣ жители области Кемптенъ и всѣ недвижимыя имѣнья, подчиненныя юрисдикцiи областного суда, лишь за ничтожными исключенiями, были подчинены LT [6]). Книга отводитъ каждому владѣльцу недвижимости особый листъ, табеллярной формы, на одной сторонѣ котораго помѣщается имущественный активъ, а на другой—пассивъ [7]). Имущество въ одной рубрикѣ именуется, въ другой выражается въ цѣнѣ, но своеобразно, именно въ единицахъ, $^1/_4$-хъ, $^1/_{16}$-хъ и т. д. налоговой имущественной квоты (Weidenschaft), которая въ 1780 г., во время налоговой оцѣнки, стоила 100 флориновъ [8]).

Со временемъ изъ понятiя недвижимостей были исключены строенiя, какъ имущества, подверженныя легкой порчѣ и разрушенiю; исключены были изъ вѣдомства LT. и движимости [9]).

3. Чтобы содержать LT. въ порядкѣ и переписывать отчужденныя недвижимости на новыхъ прiобрѣтателей, надо было такъ или иначе связать переходы собственности съ дѣятельностью кредитной организацiи. По первому учредительному акту 1738 г. судебныя установленiя, совершающiя акты о переходѣ собственности на недвижимость, были обязаны, въ этихъ цѣляхъ, направлять такiе акты въ установленiи LT., подъ личной отвѣтственностью [10]). Но въ 1739 г. обязанность предъявленiя актовъ о переходѣ собственности была возложена на самихъ контрагентовъ, подъ угрозой отвѣтственности прiобрѣтателя, въ противномъ случаѣ, за долги отчуждателя, обременяющiе недвижимость [11]). Въ 1744 г. устанавливается еще болѣе суровое начало, им. всѣ измѣненiя во владѣнiи недвижимостей признаются ничтожными, если измѣняющая сдѣлка не явлена у LT. Вся отвѣтственность за правильныя заявленiя

---

wissen und erfahren könne, ob und wieviel er diesem oder Jenem ohne Gefahr oder Bedenken darleihen dürfe“ (Jahrbb. II 86, § 2).

1) Jahrbb. II 91, § 10.
2) Eod. § 23.
3) Eod.
4) Eod.
5) Eod. 91—94, § 11—14.
6) Eod. 85, § 1.
7) Eod. § 11.
8) Eod.
9) Eod. § 4: это по LTOg. 1768, Apr. 6.
10) Jahrbb. II, § 12, см. также Weber, 114. Срокъ—сначала 4 нед., потомъ 3 мѣс.
11) Eod. § 12.

объ отчужденіяхъ падаетъ теперь исключительно на стороны [1]). Но установленіе LT. принимаетъ и со своей стороны мѣры, направленныя на соотвѣтствіе книги съ жизнью, для чего оно пользуется данными, которыя по четвертямъ года посылаются судебными установленіями въ королевскія Rent-Amt о всѣхъ перемѣнахъ собственниковъ, для занесенія этихъ данныхъ въ налоговыя книги [2]). Такимъ образомъ, LT. все болѣе становилась вотчинной книгой, запись въ которую обусловливала дѣйствительность перехода собственности и которая легитимировала записаннаго собственника на распоряженіе недвижимостью, даже когда онъ матеріально пересталъ быть собственникомъ.

4. Но главной задачей организаціи служило укрѣпленіе кредитнаго дѣла. Съ этой цѣлью уже первая LT.-Og 1738 г. отбираетъ у судебныхъ мѣстъ всякую власть совершать долговыя сдѣлки, протоколлировать поручительства, участвовать при установленіи ипотеки, и всѣ эти функціи ввѣряетъ ипотечному установленію (LT Amt.) [3]). При выполненіи этихъ обязанностей, ипотечное установленіе руководится началомъ невмѣшательства въ дѣйствія сторонъ. Стороны заявляютъ установленію свою волю и вызываютъ запись сдѣлки. Въ частности, величина долга и ея отношеніе къ цѣнѣ имущества не контролируется установленіемъ [4]).

Но въ 1768 г. ипотечное установленіе получаетъ право закрыть книгу даннаго лица, разъ только установленіе усмотритъ, что цѣна имѣнія исчерпывается записанными долгами, иначе установленіе отвѣчаетъ передъ послѣдующими ипотечными кредиторами имущественно за понесенный ими ущербъ. Обязанность сопряжена была съ большими затрудненіями, такъ какъ спеціалитета суммы требованій не существовало. Неудобство было сознано скоро, и уже въ 1769 г. предписаніе отмѣняется и допускается запись ипотекъ даже тогда, когда имущество уже исчерпано долгами, слѣд. на собственный рискъ кредиторовъ. Только конкурсъ влечетъ теперь закрытіе книги. Въ 1775 г. законодатель избираетъ средній путь и даетъ установленію право закрывать книгу лица въ исключительныхъ случаяхъ, напримѣръ, въ случаѣ расточительности должника [5]).

Но въ ограниченной мѣрѣ признается легалитетъ; чиновникъ изслѣдуетъ съ внѣшней стороны правильность сдѣлки. Стороны являются или самолично или посылаютъ представителей [6]).

Предписывается и общая тщательность содержанія и веденія ипотечныхъ книгъ [7]).

Записи подлежатъ всѣ долговыя требованія, которымъ стороны желаютъ придать значеніе преимущественныхъ правъ, не взирая на ихъ ликвидитетъ,

---

1) Eod. § 13.
2) Eod.
3) Eod. § 15.
4) Eod.
5) Eod. § 16.
6) Eod. § 24; Weber, 114.
7) Eod. § 25.

а равно и цѣлый рядъ вещныхъ притязаній, cautiones, законныхъ залоговъ и т. д. [1]). Исключеніе представляютъ лишь тѣ привиллегированныя требованія, которыя въ конкурсѣ (Gantordnung) занимаетъ 1-й классъ [2]).

Кредиторъ можетъ записать требованіе, и не привлекая должника и даже противъ воли должника, но тогда послѣдній имѣетъ право оспаривать запись [3]).

Записи подлежатъ и цессіи требованій и погашенія послѣднихъ [4]).

По уставу 1768 г., какъ мы уже отмѣтили, дома и движимости были исключены изъ оборота, покоящагося на LT. Но и участки земли подлежали залогу лишь въ $^3/_4$ своей цѣнности [5]). Послѣдняя же $^1/_4$ цѣны недвижимостей, а равно дома и движимости предназначались для обезпеченія государственныхъ и т. д. повинностей и прочихъ привиллегированныхъ требованій [6]). Вмѣстѣ съ тѣмъ, привиллегированныя требованія утрачивали свое временное преимущество, выражавшееся въ дѣйствіи ихъ и безъ записи втеченіе опредѣленнаго срока [7]), и получали теперь постянное право на ресервированную долю [8]). Кредиторы могли ссужать капиталы и подъ эту долю, но привиллегированныя требованія имѣли тутъ преимущество [9]).

Однако, надежды законодателя на то, что обезпеченія привиллегированныхъ требованій послѣдней $^1/_4$ имущества будетъ вполнѣ достаточно, рушились. И въ 1774 г. отъ этой комбинаціи отказались и повелѣли, чтобы $^1/_4$ впредь не оставлялась и правительство не поступалось своими интересами, такъ что кредиторы должны разсчитывать впредь лишь на долю имущества, оставшуюся свободной за покрытіемъ государственныхъ платежей [10]).

5. Рядомъ съ Haupt-LT. велась Todtenbuch, куда записывались лица, владѣющія только движимостью или занимающіяся торговлей, искусствами и промыслами [11]). Въ этимъ книгахъ отмѣчалось только имя должника и его мѣсто жительства. Имущество же, какъ подверженное порчѣ и постояннымъ колебаніямъ въ своемъ составѣ, не описывалось.

Кредиторы могли записывать свои требованія и въ эту книгу, но всегда ихъ требованія уступали привиллегированнымъ требованіямъ [12]).

6. Какъ проста была общая организація кредитнаго дѣла, такъ просто

---

[1]) Eod. § 17.—Иначе Gönner, стр. 45, но, кажется, ради оправданія реформы 1822 г.

[2]) Eod. § 17.

[3]) Eod. § 24.—Gönner, авторъ статьи, осуждаетъ это, ради оправданія своего проэкта 1819 г. для Баваріи.

[4]) § 18 eod.

[5]) § 4 eod.

[6]) § 5. Оригинальная комбинація!

[7]) § 3.

[8]) § 5.

[9]) Eod.

[10]) § 8, 9 eod.

[11]) § 6, 26.—Не подлежали записи въ Todtenbuch высокопоставленныя лица (siegelmässige).

[12]) § 6 eod.

былъ организованъ и конкурсъ. Изданный въ связи съ первой LTOg конкурсный уставъ (Gantordnung) зналъ только 3 класса долговъ: 1) привиллегированныя требованія (судебныя и конкурсныя издержки, издержки на лѣченіе и погребеніе должника, налоги и т. п.); 2) требованія, записанныя въ LT.; 3) всѣ прочія требованія [1]).

Всѣ молчаливыя ипотеки, судебныя и чрезвычайныя спеціальныя ипотеки и т. д. были отмѣнены въ 1739 и 1768 гг. [2]).

7. Въ Кемптенѣ, такимъ образомъ, реальный кредитъ былъ организованъ на началѣ генеральной ипотеки. И эта ипотека была не только акцесоріемъ, но законнымъ спутникомъ всякаго личнаго требованія, записаннаго въ книгу; для записи не требовалось и согласіе должника, и если должникъ могъ оспаривать запись, то не потому, что она влекла нежелательную ему ипотеку, а лишь настолько, насколько обезпечиваемое ипотекой требованіе было недѣйствительнымъ.

Организація эта имѣла большой практическій успѣхъ и уступила только новѣйшей организаціи кредита на началѣ спеціальной ипотеки, но и это произошло не столько вслѣдствіе сознанныхъ внутреннихъ недостатковъ ея и преимуществъ спеціальной ипотеки, сколько въ цѣляхъ объединенія ипотечнаго права Баваріи [3]).

§ 47. Прочія мѣстныя Баварскія права.

Много интереснаго и своеобразнаго мы встрѣчаемъ и въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстныхъ Баварскихъ правахъ въ области организаціи реальнаго кредита. При чемъ своеобразіе ихъ всегда выражается въ мѣрахъ къ возможному обезпеченію кредиторовъ, а почвой своеобразія является малая территорія и полное однообразіе формъ жизни гражданъ, живущихъ на территоріи. Благодаря этимъ-то двумъ условіямъ и получилась возможность организовать дѣло съ такой тщательностью, которая была бы немыслима на большой территоріи и при пестромъ составѣ населенія, культуры и экономическихъ отношеній. Но именно поэтому партикулярныя организаціи и не годились для возведенія ихъ въ общее право и исчезли, когда въ Баваріи приступили къ объединенію права ипотечнаго режима.

1. Таково, напримѣръ, ипотечное право Майнца, сведенное изъ обычаевъ въ 1755 г. въ Майнцскомъ Ландрехтѣ и особенно развитое въ спеціальной новеллѣ отъ 15 янв. 1785 г. [4]). Болѣе или менѣе общая для того времени организація ипотечнаго режима осложняется въ Майнцѣ слѣдую-

---

1) Eod. § 21.

2) Eod. см. также Weber, 114.

3) Verhandlungen 1822. Bd. III, стр. 179 и сл., 172 и сл.

4) Churfürstlich-Mayntzische Land-Recht... Aufgelegt v. d. S. Rochi Hospital. Maintz 1755. tit. XIX: Von Unterpfänder, Hypothecae, die gerichtlich ausgefertiget werden sollen. Тамъ же приложена и Vg. 1785, см. стр. 181; тамъ же регулируется эксекуція на недвижимости въ Untergerichtsordn, tit. XI и XXXV. Ср. еще Kurz, D. Curf. Maynzsche LR, Aschaffenburg 1866 и Regelsberger, цит. со стр. 6.

щими своеобразными чертами. Возникновенію ипотеки предшествуетъ спеціализація и оцѣнка недвижимости особой коммиссіей изъ 3—4 лицъ, состоятельныхъ членовъ общины. Коммиссія называется H-Taxatoren. Участіе въ коммиссіи есть повинность общинниковъ. Главою коммиссіи является представитель общины. Результатъ спеціализаціи и оцѣнки недвижимости облекается въ форму Taxprotokoll и направляется вмѣстѣ съ производствомъ установленія ипотеки въ общинное правленіе (Orts-Gericht), гдѣ ведется особая H-Buch. Общинное правленіе совершаетъ актъ (Verlegungen) объ установленіи ипотеки и заноситъ актъ въ свою книгу, должнику же выдаетъ два экземпляра акта. Послѣдніе направляются должникомъ въ правительственный судъ первой инстанціи (Unter-Gericht). Этотъ судъ тщательно изслѣдуетъ сдѣлку не только съ правовой, но и экономической стороны, и когда сдѣлка окажется отвѣчающей всѣмъ этимъ условіямъ, судъ изготовляетъ уже окончательную закладную, которая и выдается кредитору. Но судъ ведетъ и свою ипотечную книгу и туда заноситъ экстрактъ сдѣлки. Эти книги ведутся судомъ особо для каждой общины.

Но заботы очерченныхъ установленій объ экономической надежности ипотеки не прекращаются во все время дѣйствія ипотеки. Таксаторы все это время наблюдаютъ, чтобы имѣнье не ухудшалось и цѣна его не падала. Иначе, таксаторы вызываютъ кредитора къ востребованію долга. А когда одна ипотека устанавливается для того, чтобы ссуженной подъ нее суммой погасить другое ипотечное требованіе, таксаторы являются посредниками перемѣщенія капитала и т. п.

За всѣ свои дѣйствія очерченные органы отвѣчаютъ передъ кредиторомъ экономически. Въ матеріальномъ правѣ мы встрѣчаемъ намеки на то, что на одну недвижимость не допускалось болѣе одной ипотеки.

2. Въ княжествѣ Würzburg реальный кредитъ издавна интересовалъ законодателя. Первыя мѣры къ его регулированію, какъ видно изъ Mandat v. 1648 окт. 30, принимались еще епископомъ Юліемъ въ 1585—86 гг. Уже тогда, въ интересахъ обезпеченія притязаній кредиторовъ, былъ установленъ предѣлъ задолженности въ $^2/_3$ цѣны недвижимости. Со средины же 17 в. издается рядъ мандатовъ и рескриптовъ отъ 1648 г. 30 окт., 1666 г. 27 ноября, 1671 г. 20 янв., 1687 г. 23 дек., 1700 г. 11 окт., 1704 г. 1 авг., 1714 г. 28 іюля, которые и поставили ипотечное дѣло на значительную высоту, придавъ ему и оригинальность [1]).

Ипотечное дѣло ввѣрено было установленіямъ финансоваго вѣдомства. („Steuerstube zum grünen Baum“). Стороны являлись въ это установленіе и выражали проектъ ипотечной сдѣлки. Чиновникъ освѣдомлялся въ налоговой книгѣ объ оцѣнкѣ имѣнія и выяснялъ соотношеніе послѣдней къ величинѣ ипотеки. Если ипотека не превышаетъ $^1/_2$ налоговой оцѣнки имѣнья, чиновники утверждаютъ сдѣлку, прилагая къ акту ея спеціальную печать. Въ

---

[1]) Всѣ эти мѣры находятся въ Sammlung der hochfürstlich-wirzburgischen Landesverordnungen. I Th. Wirzburg 1776, стр. 234, 266, 286, 366, 506, 538, 588.

противномъ случаѣ они предупреждаютъ кредитора, и тогда кредиторъ уже дѣйствуетъ на свой страхъ. Чиновники ведутъ особыя книги сдѣлокъ, изъ которыхъ бы ясно было правовое положеніе имѣнья и степень обремененія его. Впрочемъ, жители деревень предъявляютъ еще и отъ своего общиннаго правленія удостовѣреніе какъ о стоимости недвижимости (двойной сравнительно съ устанавливаемой ипотекой), такъ и о томъ, что недвижимость свободна отъ ипотеки. Такъ что, какъ будто на недвижимость не допускается болѣе одной ипотеки. Ипотека, совершонная не по торжественной формѣ, означала чисто личное требованіе. Позднѣе весь вотчинно-ипотечный оборотъ былъ привлеченъ къ очерченной системѣ. Нечего и говорить, что чиновники отвѣчали экономически за неправильность дѣйствій.

3. Въ Аугсбургѣ и Мюнхенѣ дѣйствовали Handvesten: тамъ—при ипотекѣ, тутъ—при рентѣ (Ewiggeld)[1]).

ОТДѢЛЪ II.

Новое движеніе во Франціи.

И во Франціи мы встрѣчаемся съ мѣрами правительства, направленными на приданіе вотчинно-ипотечному обороту обезпеченности и гласности, издавна и задолго до наступленія общаго кризиса въ оборотѣ, описаннаго Loysseau.

§ 48. Право города Парижа.

Провозвѣстникомъ новаго движенія въ правѣ, регулирующемъ вотчинно-ипотечный оборотъ, является рядъ мѣръ, принимавшихся правительствомъ для города Парижа въ началѣ 15 столѣтія.

1. Уже въ 1424 г. 27 мая Генрихъ издаетъ Lettres[2]), содержавшія энергическую мѣру, имѣвшую цѣлью оживить упавшее отъ разныхъ неурядицъ домостроительство въ гор. Парижѣ. Между прочимъ Lettres пытаются уничтожить процессуальную волокиту, ограничить право выкупа имѣній, проданныхъ съ торговъ, урѣзать и ограничить сроки и право возраженія 3-хъ лицъ на торги и т. п. Эти мѣры принимались съ той цѣлью, чтобы оживить и усилить притокъ капиталовъ къ домостроительству, путемъ упрощенія формы взысканія по ипотекамъ.

2. Еще больше значенія имѣютъ другія Lettres отъ того же 27 мая 1424 г.[3]) и направленныя на ту же цѣль.

---

1) См. Verhandlungen, за 1822 г. разные томы.

2) Recueil général des anciens lois français depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, par Isambert. Paris 1825, т. 8, стр. 686—90, № 16.

3) Eod. стр. 690—94, № 17. Въ мотивахъ говорится, что Парижъ привлекаетъ массы людей со всего свѣта, съѣзжающихся въ него ради наукъ, искусствъ, торговли и промышленности. Онъ долженъ быть привлекательнымъ поэтому не только общими удобствами обитанія въ немъ, но и внѣшней красотою. Король совѣщался съ опытными лицами о мѣрахъ для улучшенія города, и результатъ совѣщанія содержатъ эти вторыя lettres.

Прежде всего вторыя Lettres опредѣляютъ максимальный предѣлъ задолженности парижскихъ недвижимостей, на правѣ rente coustituée perpetuelle. Такимъ предѣломъ служитъ $^1/_3$ цѣны недвижимости. Сколько бы рентъ ни было установлено, — всѣ онѣ вмѣстѣ не должны превышать этого предѣла. Оцѣнка недвижимости совершается начальникомъ города (par l'ordonnance du prévost de Paris). Мѣра клонилась не только къ тому, чтобы не отягчать недвижимостей больше, чѣмъ онѣ могутъ вынести, благодаря своимъ продуктивнымъ силамъ, но и къ тому, чтобы кредиторы могли надежнымъ образомъ ссужать капиталы подъ недвижимость.

Однако не одна только необузданность въ обремененіи недвижимостей рентами разоряетъ владѣльцевъ и подрываетъ кредитъ; къ этому приводятъ и безконечные процессы съ кредиторами, являющіеся результатомъ недостатковъ правовой организаціи, а именно, негласности установленія рентъ, ипотекъ и другихъ вещныхъ тяготъ, откуда проистекаютъ безконечныя злоупотребленія со стороны владѣльцевъ, направленныя на обманы кредиторовъ, чаще всего въ видѣ приданія позднѣйшимъ актамъ даты болѣе ранней. Для устраненія этихъ злоупотребленій и чтобы дать капиталисту - ссужателю возможность получить въ моментъ открытія кредита точное и ясное представленіе о существующихъ обремененіяхъ недвижимости, въ Парижѣ вводится средневѣковая форма возникновенія вещныхъ правъ—nantissement, какъ исключительный способъ установленія вещнаго обремененія недвижимостей, дата совершенія котораго опредѣляетъ и пріоритетъ вещныхъ правъ [1]).

Подробности новой организаціи должны были составить предметъ позднѣйшихъ спеціальныхъ Lettres, которыхъ, однако, мы не находимъ въ источникахъ [2]).

Интересенъ тотъ фактъ, что для упорядоченія ипотечнаго оборота законодатель обращается къ средневѣковой организаціи; можетъ быть, отправнымъ пунктомъ служило старое право того же города Парижа, исчезавшее подъ наплывомъ римскихъ правовыхъ идей.

3. Въ первой же половинѣ 15 ст. вышли еще двѣ мѣры для Парижа: одна отъ 1428 г. [3]), другая отъ 1441 г. [4]); первая облегчала процедуру выкупа рентъ, обременяющихъ недвижимость, въ случаѣ отчужденія послѣдней съ торговъ, и так. обр. пробивала брешь въ старый институтъ рентъ и сближала его съ ипотеками; вторая же мѣра регулировала порядокъ очистки

---

[1]) „...ordonnons que doresenavant naptissement aura lieu ezdictes vill, et prevosté vicomté de Paris, et que ezdiz lieux, ypotheques ne pourront estre constituez valablement, ne sortiront aucun effect, sinon du jour et date que ycellui namptissement aura esté fait“.

[2]) У Loysseau, Les oeuvres, MDC LXVI, кн. 3. гл. I, art. 36, стр. 82, мы встрѣчаемъ бѣглое указаніе на то, что въ парижскомъ „coustumes“ когда-то практиковалась nantissement въ формѣ записи въ книгу, но исчезла,—оставивъ нѣкоторые слѣды. Повидимому, обѣщанныя Lettres и не выходили.

[3]) Ordonnance de Henri VI. Paris, Juillet 31 an 1428, Recueil d'Isambert VIII 742, № 36.

[4]) Ordonnance. Nov, 1441, Paris, eod. IX, 86—99, № 140.

недвижимостей отъ лежащихъ на нихъ ипотекъ, тоже внося упрощеніе въ эту процедуру.

§ 49. Эдиктъ 1553 г.

Первая попытка урегулированія вотчинно-ипотечнаго оборота на новыхъ началахъ, сулящихъ ему обезпеченность и гласность, на болѣе обширной территоріи Франціи, им. въ странахъ писаннаго (римскаго) права, относятся ко 2-й половинѣ 16 в., когда оборотъ характеризуется и въ провинціи значительнымъ оживленіемъ.

Таковъ именно эдиктъ Генриха II отъ 3 мая 1553 г. [1]). По обыкновенію, эдиктъ начинается жалобами на злоупотребленія негласностью переходовъ собственности и возникновенія вещныхъ правъ. Для устраненія этихъ злоупотребленій эдиктъ и вводитъ слѣдующія начала.

Вещное право всякаго рода (собственность, ипотека, рента и т. д.), не можетъ быть пріобрѣтено на недвижимость по сдѣлкамъ между живыми иначе, какъ только путемъ записи титула въ книгу (инсинуаціи и регистраціи). И только съ момента такой записи вещное право начинаетъ свое абсолютное дѣйствіе въ отношеніи 3-хъ лицъ. Владѣніе не имѣетъ тутъ значенія. И если бы нѣсколько лицъ производили свое вещное право отъ одного и того же ауктора, то, не взирая на моментъ вступленія во владѣніе кого-либо изъ нихъ, управомоченнымъ признается тотъ, кто раньше совершилъ запись своего права.

Но въ отношеніи контрагентовъ запись не требуется, какъ необходимая. Уступка началу записи была сдѣлана и въ другомъ направленіи; именно, записи подлежали права, цѣнность которыхъ не ниже 50 ливровъ (50 livres tournois); права низшей цѣнности освобождались отъ записи.

Запись совершалась по мѣсту нахожденія недвижимостей, въ особо для того учреждаемыхъ регистратурахъ при судахъ.

Отъ этой-то организаціи законодатель и ожидалъ водворенія порядка въ вотчинно-ипотечномъ оборотѣ. Но многаго такая организація не могла дать; въ ней мы находимъ лишь нѣсколько развитой институтъ римскаго права, им. actus publicus, далекій отъ непогрѣшимости. Организація не исключала ни виндикацій, ни оспариваній ипотекъ, даже въ 3-хъ рукахъ находящихся. Publica fides не была свойственна этой регистратурѣ. Къ внутреннимъ недостаткамъ организаціи присоединялись и внѣшніе: реестры велись въ хронологическомъ порядкѣ безо всякой системы,—отчего обозримость ихъ была крайне неудовлетворительной [2]). Наконецъ, организація вовсе не касалась молчаливыхъ законныхъ ипотекъ; эти ипотеки не подлежали записи, а онѣ служили всегда и вездѣ огромнымъ тормазомъ успѣшному ходу реальнаго кредита.

---

[3]) Edit. Saint-Germain-en-Laye. 3 Mai 1553, Henri, II eod. XIII 314.
[1]) Cp. Besson, les livres fonciers et la réforme hypothécaire, Paris 1891, стр. 74.

§ 50. Эдиктъ 1581 г.

Довольно близко по содержанію къ очерченной мѣрѣ стоитъ другая мѣра, введенная эдиктомъ 1581 г. [1]) и носящая названіе contrôle des actes extrajudiciaires, созданная по плану знаменитаго государственнаго дѣятеля Сюлли.

Безпорядокъ отношеній между гражданами, безконечные процессы, подложныя сдѣлки, обходы закона, руина благосостоянія подданныхъ, распущенность нотаріусовъ, подставляющихъ въ своихъ актахъ мертвыхъ въ свидѣтели, совершающихъ подлоги даты, печати и т. д., такая запутанность актовъ, что трудно отличить между ними дѣйствительные отъ подложныхъ, еще болѣе безотрадное положеніе актовъ mortis c., гдѣ нерѣдки случаи, что умирающій не подписываетъ акта, а заинтересованныя лица усердствуютъ отмѣчать, что этого умершій не могъ сдѣлать по слабости здоровья, и все это во вредъ законнымъ наслѣдникамъ, или, наоборотъ, законные наслѣдники скрываютъ актъ завѣщанія, въ ущербъ наслѣдникамъ по завѣщанію,—вотъ картина оборота того времени во Франціи, нарисованная эдиктомъ: попадающіеся на каждомъ шагу, эти безпорядки привели оборотъ къ плачевному состоянію: граждане затрудняются вступать въ договоры, нѣтъ покупателей и продавцовъ, оборотъ замираетъ; отъ этого страдаетъ и государственный интересъ: договоры купли остаются долго въ секретѣ и стоитъ много труда и усилій, чтобы отыскать ихъ въ массѣ нотаріальныхъ реэстровъ; пропадаютъ и ленные пошлины и доходы. Вывести оборотъ изъ этого положенія и составляетъ задачу эдикта.

Всякое вещное право (собственность, ипотека, рента, аренда, превышающая 9 лѣтъ, и т. д.), на какомъ бы титулѣ оно ни основывалось (сдѣлки между живыми или на случай смерти, даже продажа съ торговъ, adjudication par décret) [2]) не можетъ быть пріобрѣтено на недвижимости иначе, какъ только путемъ зарегистраціи титуловъ. Для зарегистраціи полагается 2-хъ-мѣс. срокъ. Зарегистрація, своевременно совершонная, сообщаетъ сдѣлкѣ обратное дѣйствіе къ моменту заключенія ея. Эта обратная сила записи представляетъ огромную уступку началу негласности, каковой уступки не знаетъ эдиктъ 1553 г.,—и уступку не въ пользу новой системы. Въ самомъ дѣлѣ, если нѣсколько лицъ производятъ вещное право отъ одного и того же аукtора, то управомоченнымъ въ принципѣ признается тотъ, кто своевременно записанъ; овладѣніе не имѣетъ юридическаго значенія. Но если послѣ записи одного своевременно же заявится съ пріобрѣтательнымъ актомъ другой титулованный, сдѣлка коего совершена раньше, чѣмъ сдѣлка перваго записаннаго, тогда первый, не взирая на болѣе раннюю запись его права, отпадаетъ и уступаетъ второму. Тутъ-то и заключается опасный характеръ системы эдикта 1581 г. Въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ запись не обезпечиваетъ

---

1) Edit. Blois. Juin 1581 въ Recueil d'Isambert, XIV 493—99, № 129.

2) Но не неслѣдованіе по закону и не законныя ипотеки.

пріобрѣтателю его пріобрѣтенія. И 3-е лицо въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ не можетъ довѣрять записи и не можетъ вступать съ записаннымъ собственникомъ ни въ какія отношенія по недвижимости.

Кромѣ этого недостатка, эдиктъ 1571 г. усвоилъ и всѣ недостатки эдикта 1553 г. И по нему въ отношеніяхъ контрагентовъ запись сдѣлки, по крайней мѣрѣ открыто, не требуется, какъ необходимая; по нему также запись обязательна лишь для правъ, превышающихъ извѣстную денежную цѣнность (cinq escus капитала или trente sols ренты); права низшей цѣнности не подлежатъ записи. Наконецъ, и онъ не затрогиваетъ законныхъ молчаливыхъ ипотекъ и сохраняетъ за ними дѣйствіе, хотя бы онѣ не были записаны. Эдиктъ многаго ожидалъ отъ объединенія вотчиннаго дѣла въ рукахъ однихъ опредѣленныхъ органовъ, но и этого не провелъ послѣдовательно. Запись пріобрѣтенія собственности, ипотеки и другихъ вещныхъ правъ по сдѣлкамъ между живыми должна была совершаться по мѣсту нахожденія недвижимости. Тамъ же должны были записываться и сдѣлки, влекущія генеральную ипотеку. Но завѣщанія и прочія распоряженія на случай смерти достаточно было зарегистрировать по мѣсту жительства наслѣдодателя или мѣсту его смерти. Такимъ образомъ, правоотношенія по одной недвижимости записывались въ книги, разсѣянныя въ разныхъ концахъ государства. Еще болѣе нарушалось начало объединенія записей тѣмъ, что, когда недвижимость лежала на границѣ нѣсколькихъ судебныхъ округовъ, договоры заносились въ книгу уже не мѣстныхъ судовъ, а королевскаго суда (au siège royal), гдѣ и содержался особый manoir principal для тѣхъ округовъ.

Контроль ввѣрялся судамъ разнаго рода, гдѣ и велись съ этой цѣлью реэстры, находящіеся въ завѣдываніи контролеровъ (controlleur des tiltres), назначаемыхъ лично королемъ.

Интерессенты имѣютъ право справляться у контролера о содержаніи реэстра и требовать выписей изъ реэстровъ.

Принимаются мѣры для того, чтобы система дѣйствовала надежно и успѣшно; для этого устанавливается связь между дѣятельностью нотаріусовъ и контролеровъ; строго регулируется и внѣшній порядокъ веденія реэстровъ и храненіе ихъ; устанавливается и санкція нормъ въ формѣ суровыхъ каръ нарушителямъ предписаній эдикта.

Къ сдѣланнымъ выше критическимъ замѣчаніямъ объ эдиктѣ 1571 г. прибавимъ еще, что и этотъ эдиктъ ни въ матеріальномъ, ни въ формальномъ своемъ правѣ не дѣлаетъ никакихъ успѣховъ сравнительно съ эдиктомъ 1553 г., и высказанныя къ послѣднему эдикту заключительныя строки вполнѣ относятся и къ эдикту 1571 г., даже еще въ большей степени.

И, тѣмъ не менѣе, эдиктъ высоко цѣнился современниками и потомками-французами и стоилъ дорого правительству [1]).

---

[1]) См. Mémoires de Sully, principal ministre de Henri-le-Grand. T. IV. Paris 1814, стр. 539 и друг. Между прочимъ мы встрѣчаемъ тамъ исповѣдь Сюлли о затаенномъ намѣреніи, которымъ министръ былъ проникнутъ, когда создавалъ эдиктъ 1571 г.: „Il ouroit été

§ 51. Эдиктъ 1673 г.

Задуманный другимъ знаменитымъ государственнымъ мужемъ Франціи, Кольберомъ, эдиктъ 1673 г. [1]) пытается ввести гласный вотчинно-ипотечный режимъ во всей Франціи, т. е. и въ странахъ обычнаго права, въ которыхъ сохранились nantissement, apprropriance и т. д.

Эдиктъ потому рѣшается посягнуть на эти испытанныя учрежденія, что самъ воспринимаетъ ихъ идею и предполагаетъ лишь усовершенствовать ее. Однако, какъ ни восхваляли его потомъ французы, эдиктъ былъ далекъ отъ совершенства и уступалъ по своимъ достоинствамъ отмѣняемымъ имъ старымъ организаціямъ странъ обычнаго права. Причина крылась въ томъ, что эдиктъ стоялъ большей частью на почвѣ писаннаго, т. е. римскаго права. Но общая мысль его была все же вѣрной и цѣль была имъ понята правильно, когда во введеніи къ нему говорилось, что заботы о благѣ подданныхъ и цѣлости ихъ имуществъ привели правительство къ убѣжденію, что цѣлость эта зависитъ, главнымъ образомъ, отъ мѣръ обезпеченія ипотечнаго оборота, средства же не найдено лучшаго, какъ придать всѣмъ ипотекамъ гласность. „Par ce moyen, заключаетъ эдиктъ свое введеніе, on pourra prêter avec sûreté et acquérir sans crainte d'être évincé; les créanciers seront certains de la fortune de leurs débiteurs et ne seront, ni dans la crainte de les voir périr, ni dans l'inquiétude d'y veiller; et les acquéreurs seront assurés de n'être plus troublés dans leur possession par des charges ou hypothèques antérieurs".

Но насколько потребность публицитета была ясно понята, настолько же начало публицитета было слабо проведено въ диспозитивной части эдикта.

Въ противоположность прежнимъ мѣрамъ, эдиктъ 1673 г. преслѣдуетъ болѣе узкія цѣли чисто ипотечной системы, а не вотчинной.

Всякая ипотека, привиллегія и рента, покоящіяся на любомъ титулѣ (даже на судебномъ приговорѣ или актѣ), подлежатъ предъявленію (opposition) въ спеціально учрежденныя съ этой цѣлью установленія (greffes des enregistrements [2]). Предъявленіе должно состояться въ 4-мѣс. срокъ лицами, живущими внутри государства, и въ 6-мѣс. срокъ—лицами, живущими заграницей. Срокъ исчисляется для договоровъ со дня ихъ совершенія, а для судебныхъ приговоровъ и ареста—со дня объявленія ихъ [3]). Своевременно со-

---

établi en même temps, pour détruire ce mal jusque dans sa source, qu'aucune personne de quelque qualité ou condition qu'elle pût être, n'eût pu emprunter une somme, censée considérable, par rapport, à ses facultés, ni aucun autre la lui prêter sous peine de la perdre, sans qu'il fût déclaré en même temps dans les contrats ou obligations, à quoi on prétend employer cet emprunt, quelles dettes peut avoir déjà l'emprunteur, à quelles personnes, sur quels biens, et ce qui lui reste de revenus, tant pour assurer cette dette, que pour entretenir sa famille"... См. еще Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris MDCCC. XXVII, т. 15, пренія въ государств. совѣтѣ по поводу ипотечнаго права Наполеонова кодекса.

[1]) Edit. mars 1673. Versailles; Recueil d'Isambert XIX 73—83, № 718.

[2]) § 12, 24.

[2]) § 23, 24.

вершонное предъявленіе имѣетъ обратное дѣйствіе къ моменту возникновенія ипотеки привиллегіи или ренты [1]).

Юридическое дѣйствіе предъявленія состоитъ въ томъ, что предъявленныя ипотеки имѣютъ преимущество передъ непредъявленными, хотя-бы и старѣйшими [2]). Но между своевременно предъявленными ипотеками и рентами преимущество опредѣляется моментомъ возникновенія сдѣлки, а не моментомъ предъявленія [3]). Между предъявленными, далѣе, сохраняютъ свое значеніе и свойства привиллегированности однихъ правъ и непривиллегированности другихъ [4]).

Вовсе непредъявленныя права ипотеки, привиллегіи и ренты признаются открыто дѣйствительными, только уступающими предъявленнымъ правамъ; между собою они располагаются по времени возникновенія [5]).

Права, предъявленныя по истеченіи срока, установленнаго на то, получаютъ преимущественное дѣйствіе лишь съ момента предъявленія ихъ [6]). Если предъявленіе состоится для нѣсколькихъ запоздалыхъ правъ въ одинъ и тотъ же день до или послѣ полудня, ихъ пріоритетъ опредѣляется временемъ ихъ возникновенія и привиллегированными ихъ свойствами [7]).

Все сказанное относится и къ случаю, когда кредиторъ, имѣющій генеральную ипотеку, хочетъ обезпечить себѣ право на вновь пріобрѣтенныя должникомъ недвижимости [8]).

Предъявленіе допускается одно для нѣсколькихъ правъ и въ отношеніи нѣсколькихъ имѣній, находящихся въ одномъ округѣ [9]).

Предъявленію съ его послѣдствіями подлежитъ и переходъ правъ, подлежащихъ предъявленію, изъ руки І-го пріобрѣтателя въ руки 3-хъ лицъ [10]). При чемъ второй пріобрѣтатель можетъ совершить предъявленіе даже и тогда, когда первый пріобрѣтатель, его aукторъ, не сдѣлалъ для себя никакого предъявленія [11]).

Должникъ же во всякомъ случаѣ обязывается совершить предъявленіе установленныхъ имъ на свои недвижимости ипотекъ и т. д., подъ страхомъ быть преслѣдуемымъ въ противномъ случаѣ уголовнымъ порядкомъ за обманъ (stellionat) [12]).

Такъ какъ во Франціи кредитъ покоился на началѣ генеральной ипотеки, которая ipso jure была присуща всякому личному требованію, и книги

---

1) § Eod.
2) § 21.
3) § 28.
4) § 24.
5) § 41.
6) § 25.
7) § 40.
8) § 27.
9) § 39.
10) § 34—38.
11) Eod.
12) § 26.

велись по лицамъ, а не имѣньямъ, даже въ позднѣйшую эпоху, наконецъ, все французское право проникнуто личнымъ, а не имущественнымъ началомъ, то и предъявленіе ипотеки направлялось на субъекта недвижимостей, а не на самыя недвижимости.

Заявленіе, сдѣланное въ отношеніи должника при жизни его, дѣйствительно и въ отношеніи наслѣдника [1]). Не заявившіеся со своимъ правомъ до смерти должника могутъ еще предъявить свои права въ теченіе 4-хъ мѣс. по смерти должника, и тогда предпочитаются кредиторамъ наслѣдника въ отношеніи наслѣдства; опоздавшіе же получаютъ право на наслѣдственное имущество лишь съ момента предъявленія [2]).

Однако, предъявленію подлежали вообще лишь права, превышающія цѣнность 200 ф. капитала или 10 ф. ренты. Прочія же права сохраняли свою силу и привиллегированное положеніе и безъ записи ихъ, если только совокупность ихъ не превышала указанныхъ предѣловъ [3]).

Невзирая на размѣры цѣнности, отъ предъявленія были освобождены:

1. Ипотеки и привиллегіи короля на имущество контаблей; онѣ имѣютъ полное дѣйствіе и безъ предъявленія [4]).

2. Ипотеки малолѣтнихъ на имущество опекуновъ и попечителей, завѣдующихъ имуществомъ (comptables), но не ипотеки лицъ, пользующихся привиллегіей наравнѣ съ малолѣтними. Послѣднія подлежатъ предъявленію.

Но и первыя, т. е. ипотеки малолѣтнихъ, когда малолѣтнія достигнутъ совершеннолѣтія, предъявляются ими въ теченіе 1 года съ момента совершеннолѣтія, и только тогда ипотеки сохраняютъ свое дѣйствіе со дня возникновенія ихъ; иначе же онѣ имѣютъ дѣйствіе лишь со дня предъявленія ихъ [5]).

3. Ипотека жены на имущество мужа по поводу приданаго и другихъ имущественныхъ правъ, возникающихъ для нея изъ брака, имѣетъ полное дѣйствіе съ момента заключенія брака и безъ предъявленія. Но жены, отдѣленныя отъ мужей, обязываются предъявить свою ипотеку на имущество мужа въ теченіе 4 мѣс. съ момента объявленія приговора объ отдѣльномъ жительствѣ жены (séparation du corps). Иначе, ихъ ипотека займетъ мѣсто среди другихъ ипотекъ лишь по моменту предъявленія ея. Вдовы должны совершить то же самое и съ тѣми же послѣдствіями въ теченіе 1 г. со дня смерти мужей [6]).

4. Ипотека дѣтей на имущество отца по поводу управленія послѣдняго имуществомъ первыхъ (douaire des enfans), гдѣ она въ обычаѣ. И тутъ дѣти, ставъ совершеннолѣтними, должны предъявить такія ипотеки въ теченіе 4 м. со смерти отца, съ тѣми же послѣдствіями [7]); и нѣкотор. др. [8]).

---

[1]) § 30.
[2]) § 31. Но противъ сингулярнаго преемника предъявленіе, конечно, не имѣло мѣста.
[3]) § 22.
[4]) § 56.
[5]) § 57, 58.
[6]) § 60—64.
[7]) § 65.
[8]) §§ 66—67.

Въ интересѣ больше ипотечныхъ кредиторовъ, чѣмъ пріобрѣтателя, эдиктъ устанавливаетъ обязанность предъявлять и сдѣлки объ отчужденіи недвижимостей въ теченіе 4 мѣс. и судебные приговоры того же рода. Эта обязанность возлагается на отчуждателя и санкціонируется суровой мѣрой преслѣдованія его въ противномъ случаѣ, какъ виновника въ stellionat [1]). На пріобрѣтателя же возлагается обязанность (кромѣ случаевъ пріобрѣтенія mortis c.) объявить по извѣстной формѣ о своемъ пріобрѣтеніи тѣмъ ипотечнымъ кредиторамъ, которые предъявили свои ипотеки и т. д. на отчуждаемую недвижимость, будутъ ли это первые пріобрѣтатели подобныхъ правъ или цессіонаріи (sous-ordre). Эта обязанность санкціонируется тѣмъ, что пріобрѣтатель недвижимости, не объявившій о пріобрѣтеніи ипотечнымъ кредиторамъ, не пользуется иной давностью, кромѣ 30-лѣтней (повидимому, въ отношеніи притязаній ипотечныхъ кредиторовъ) [2]). Судебный приговоръ, присуждающій недвижимость лицу, третируется ничтожнымъ, если не совершено объявленіе ипотечнымъ кредиторамъ о переходѣ по судебному приговору права собственности къ другому лицу [3]). Эти мѣры находятъ объясненіе не столько въ природѣ генеральной ипотеки, сколько во французскомъ институтѣ очистки недвижимости отъ ипотекъ, сопровождавшей отчужденіе недвижимости и грозившей ипотечнымъ кредиторамъ утратой ихъ правъ, не предъявленныхъ въ процессѣ объ очисткѣ.

Въ цѣляхъ осуществленія системы opposition учреждаются особыя канцеляріи (greffes d'enregistrement) въ разныхъ административно-судебныхъ округахъ; во главѣ канцелярій стоятъ и завѣдуютъ дѣломъ секретари (greffiers des enregistremens) [4]). Эдиктъ много заботится о возможной надежности организаціи, устанавливаетъ рядъ мѣръ, цѣлящихся обезпечить достоинство чиновниковъ [5]), исправность и точность реестровъ, въ которые записываются предъявленныя ипотеки, [6]), обезпеченіе реестровъ отъ несчастныхъ случаевъ [7]) и т. п. [8]). Изготовленіе книгъ, веденіе ихъ и завершеніе ставится подъ надзоръ суда, который и наблюдаетъ за точнымъ примѣненіемъ указанныхъ предписаній веденія книгъ [9]). О формѣ книгъ предписывается, что листы ея дѣлятся горизонтально на двѣ половины, но цѣль дѣленія не указывается [10]).

Не менѣе заботливо регламентируется и форма, и содержаніе самаго акта предъявленія (opposition). Актъ письменный указываетъ цѣну права и при-

---

1) § 26.
2) § 42.
3) § 47—52.
4) § 1.
5) § 2.
6) § 3, 7 и друг.
7) § 10.
8) § 11.
9) § 5, 6, 8, 9.
10) § 4.

роду его, имя кредитора и должника, титулъ права, дату совершенія сдѣлки, имя нотаріуса, совершавшаго ее, и отмѣтку о томъ, предъявляется ли подлинникъ или копія сдѣлки; если право основывается на судебномъ приговорѣ или арестѣ, указывается и юрисдикція суда [1]). Далѣе указывается домицилій кредитора, время предъявленія, до или послѣ обѣда, подпись предъявителя и секретаря канцеляріи [2]). Указывается точное положеніе недвижимости и названіе, равно имя собственника [3]).

Предъявленіе совершается по мѣсту нахожденія недвижимости [4]). Секретарь записываетъ опредѣленіе въ реестрѣ [5]). По требованію сторонъ, секретарь даетъ выпись изъ реестра, съ указаніемъ мѣста и времени записи оппозиціи въ реестрѣ, или же удостовѣреніе, что никакихъ правъ на данное лицо въ реестрѣ не значится [6]). За правильность даваемыхъ свѣдѣній секретарь отвѣчаетъ [7]).

Несмотря на то, что эдиктъ появился въ эпоху расцвѣта системы просвѣщеннаго абсолютизма, онъ вовсе не знаетъ начала легалитета, начала опеки власти надъ подданными, какъ вообще не знаетъ легалитета вся исторія французскаго ипотечнаго режима вплоть до нашихъ дней.

Читатель не повѣрилъ бы, что эдиктъ вышелъ при Людовикѣ XIV и былъ произведеніемъ Кольбера, если бы мы не отмѣтили въ заключеніе, что каждый шагъ сторонъ и секретаря оплачивался высокой пошлиной [8]).

Какъ я уже сказалъ, эдиктъ отмѣняетъ дѣйствующія формы установленія ипотекъ во всѣхъ coutumes de nantissement, насколько эти формы не отвѣчаютъ опредѣленіямъ эдикта [9]).

Эдиктъ пользовался большимъ уваженіемъ даже у принципіальныхъ противниковъ гласности ипотеки, какъ D'Agesseau [10]), а тѣмъ болѣе у сторонниковъ ея, и служилъ для послѣднихъ историческимъ аргументомъ за публицитетъ ипотекъ даже гораздо позднѣе, именно при обработкѣ Наполеонова кодекса [11]). Однако, современный юристъ не можетъ не сдѣлать многихъ и многихъ упрековъ праву эдикта 1673 г. Эдиктъ вноситъ то положительное

---

1) § 13.
2) § 14.
3) § 15.
4) § 12 i. f. и друг.
5) § 19 и друг.
6) § 19, 73.
7) § 74.
8) § 76, 6, 8 и друг.
9) § 71.
10) D'Agesseau, Oeuvres, Paris MDCC LXXXIX, т. XIII, стр. 620: „Toutes les dispositions de cette loi (эдикта 1673) furent méditées avec un soin qui se fait encore sentir à tous ceux qui la lisent, et qui fait voir que ceux qui travaillèrent à la rédiger croyoient travailler pour l'éternité". И это говоритъ Дагессо въ работѣ, посвященной отрицательной критикѣ аналогичнаго эдикта 1771 г.
11) См. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris. MDCCC XXVII, т. 15, пренія госуд. совѣта.

въ правообразованіе Франціи, что онъ обстоятельнѣе прежнихъ мѣръ регулируетъ вопросъ, для чего и сосредоточиваетъ все вниманіе на одномъ только институтѣ ипотеки. Далѣе, онъ характеризуется постепенностью своихъ мѣропріятій, осторожностью и общей сдержанностью. Но и при всемъ этомъ эдиктъ 1673 г. страдаетъ всѣми недостатками прежнихъ эдиктовъ. Начало публицитета прорѣзывается въ немъ важными исключеніями для законныхъ ипотекъ; дѣйствіе публицитета ослаблено обратнымъ дѣйствіемъ предъявленія къ моменту установленія сдѣлки; внѣшняя организація реестровъ прежняя хронологическая, неудобная для обозримости отношеній. Переходы собственности имъ вовсе не урегулированы сами по себѣ. Въ виду всего этого приходится признать правильнымъ замѣчаніе Besson [1]), что этотъ эдиктъ, какъ и прежніе, лишь хочетъ замѣнить институтъ décret volontaire и избѣжать грубыхъ недостатковъ послѣдняго. Décret volontaire имѣлъ цѣлью вскрыть составъ правоотношеній по недвижимости и призвать ихъ къ свѣту во время уже ихъ существованія, чаще всего при переходѣ собственности изъ однѣхъ рукъ въ другія; эдикты же, особенно 1581 г. и 1673 г., задались цѣлью вскрыть правоотношенія при самомъ ихъ возникновеніи, но цѣль вскрытія лишь та же и въ мѣрахъ эдиктовъ, какая была въ институтѣ décret volontaire, т. е. цѣль очистки недвижимости отъ ипотекъ Этой цѣлью объясняется все.

Но эдиктъ 1673 г. имѣлъ уже такой порокъ, какого не имѣли предшествующіе эдикты, именно дороговизну производства, финансовую цѣль, откровенно выступающую за каждымъ артикломъ эдикта.

И все-таки эдиктъ 1673 г. могъ сослужить службу дѣлу реальнаго кредита, хотя и относительную, т. к. онъ все же долженъ былъ повлечь вскрытіе имущественной состоятельности лицъ.

Однако, этому не суждено было случиться: въ слѣдующемъ же 1674 г. въ апрѣлѣ эдиктъ былъ отмѣненъ [2]); отмѣняющій эдиктъ мотивируетъ отмѣну „благодѣтельнаго“ эдикта 1673 г. тѣмъ, что время военныхъ дѣйствій не благопріятствуетъ трудному дѣлу проведенія эдикта въ жизнь. Но въ обществѣ объясняли отмѣну иными причинами: сторонники эдикта указывали на враждебное отношеніе къ нему вліятельной французской знати, для которой вскрытіе имущественнаго положенія ея было равносильно банкротству и потерѣ кредита; враги же эдикта объясняли отмѣну враждебнымъ отношеніемъ къ эдикту народныхъ массъ, которыя видѣли въ правѣ эдикта лишь поводъ къ новымъ налогамъ. Вѣроятнѣе, однако, что дѣйствовали всѣ эти причины вмѣстѣ [3]).

---

[1]) Besson. Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Paris 1891, стр. 78—81.

[2]) Edit. avril 1674. Versailes. Recueil d'Isamberf XIX 133, № 769.

[3]) См. D'Agesseau, eod.; Besson, eod.; Fenet. eod., особенно же Testement politique de messire Jean Baptiste Colbert, Ministre et Secretaire d'Etat. MDCXCIII стр. 474 и сл.: „...le parlement n'eut garde de souffrir un si bel éttablissement qui eut coupé la tête à l'hydre des procès dont il tire toutes sa substance. Il remontra que la fortune des plus grands de la cours s'alloit anéantir par là; et qu'ayant pour la plupart plus de dettes que de biens,

§ 52. Другой спеціальный эдиктъ 1673 г.

Отъ того же марта 1673 г. мы имѣемъ и другой еще эдиктъ, преслѣдующій аналогичныя первому цѣли, но лишь въ спеціальной сферѣ ипотекъ, обременяющихъ ренты, установленныя на королевскіе домены. Этотъ спеціальный эдиктъ [1]) имѣетъ общую цѣль съ первымъ и нѣкоторыя постановленія, но онъ содержитъ и много особеннаго; онъ интересенъ по своимъ историческимъ судьбамъ въ сферѣ, нами изслѣдуемой.

Эдиктъ вызванъ общими безпорядками оборота. Оборотъ рентъ на королевскіе домены также тормазился тѣмъ, что надежное пріобрѣтеніе ихъ безъ соблюденія вызывнаго производства и преклюзивнаго приговора (décret volontaire) было невозможно. А это производство стоило дорого, „поглощало нерѣдко большую часть капитала“ и требовало много времени. Для оживленія оборота второй эдиктъ и предписываетъ:

Кредиторы, имѣющіе на такія ренты ипотеку, совершаютъ предъявленіе своей ипотеки (opposition) особо для того назначенному чиновнику. Такое предъявленіе сохраняетъ право ипотеки съ полнымъ дѣйствіемъ на 1 годъ.

И лица, претендующія на право собственности на ренту, заявляютъ о своемъ правѣ тому же чиновнику. И тогда они свободны отъ совершенія всякихъ другихъ мѣръ, необходимыхъ для надежности пріобрѣтенія собственности на ренту (какъ décret volontaire). Лица же, пріобрѣтающія впредь право собственности на ренту по какому-либо титулу, всякій разъ выправляютъ на пріобрѣтеніе особыя lettres de ratification, цѣлящіяся фиксировать составъ правоотношенія на данную ренту, или, что то же,—очистить ренту отъ негласныхъ ипотекъ,—подобно décret volontaire. Именно, въ силу lettres de ratification, пріобрѣтенныя ренты становятся чисты отъ всякихъ правъ и ипотекъ, возникшихъ за долги предшественниковъ и не предъявленныхъ (opposition) во-время чиновнику. Рента въ рукахъ новаго собственника ея остается обремененной только предъявленными по формѣ ипотеками. И тутъ не требуется болѣе décret volontaire, замѣнить который мѣры эдикта только и были призваны.

Для осуществленія системы этого эдикта учреждается особая должность 4-хъ хранителей ипотеки (4 nos conseillers, greffiers conservateurs des hypothèques desdites rentes). Эти чиновники имѣютъ доступъ къ печати, хранящейся въ королевской канцеляріи (notre grande chancellerie). Они ведутъ надежные реэстры оппозиціямъ, которыя предъявляются имъ ипотечными кредиторами и которыя они записываютъ въ реэстрѣ. При реэстрахъ ведутся для облегченія справокъ особые указатели (exploits). Каждыя $^1/_4$ года реэстры передаются новому чиновнику,—мѣра, которая, для успѣха дѣла, была только

---

ils ne trouveroient plus de ressource d'abord que leurs affaires seroient découvertes“... Подлинность памятника потомъ подвергалась сомнѣнію, но правдоподобіе сообщеній признавалось. См. Fenet, цит. трудъ, т. 15, преніе госуд. сов.

1) Edit. mars 1673. Versailles. Recueil d'Isambert XIX 83—86. № 719.—Этотъ эдиктъ проливаетъ свѣтъ на сущность эдикта 1673 г.

вредной и которая находитъ себѣ объясненіе въ извѣстныхъ всѣмъ особенностяхъ управленія Людовика XIV.

Интерессантамъ выдаются справки и извлеченія изъ книгъ о зарегистрованныхъ оппозиціяхъ. А лицамъ, пріобрѣтающимъ ренты въ собственность, выдаются lettres de ratification. Lettres изготовляются этими чиновниками, по наведеніи справокъ въ реэстрахъ о записанныхъ тамъ оппозиціяхъ ипотекъ. Итоги поисковъ отмѣчаются на полѣ lettres. Отысканныя оппозиціи отмѣчаются съ именами оппонентовъ, количествомъ оппозицій, датой наведенія справки. Дата имѣетъ огромное значеніе, опредѣляя моментъ, къ которому относится данный составъ правоотношенія по рентѣ. Послѣ этого на lettres прилагается печать въ королевской канцеляріи. Чиновникъ отвѣчаетъ за погрѣшности при указаніи оппозицій лично. Каждый шагъ оплачивается пошлиной. Въ остальномъ и по введеніи эдикта все остается по прежнему. Въ частности, возникновеніе ипотекъ по эдикту совершается дѣйствительнымъ образомъ и безъ оппозиціи, какъ равно и пріобрѣтеніе ренты—совершается дѣйствительнымъ образомъ и безъ lettres de ratification. Только надежность пріобрѣтенія гарантируется мѣрами эдикта.

Такимъ образомъ, эдиктъ уже совершенно отказывается отъ публицитета пріобрѣтенія, и все, что онъ имѣетъ въ виду,—это замѣнить décret volontaire—оппозиціей и lettres de ratification, взимая съ обѣихъ сторонъ не малую пошлину, ежегодно возобновляемую, такъ какъ и вся обезпеченность даруется имъ только на 1 годъ. Но все же мѣры эдикта были и быстрѣе, и легче, чѣмъ décret volontaire.

Эдиктъ остался въ дѣйствіи [1]) и послужилъ позднѣе образцомъ дальнѣйшихъ мѣропріятій въ области общаго права.

§ 53. Другія мѣры современныя и послѣдующія за эдиктами 1673 г.

Если правительство Людовика XIV и не забывало фискальнаго интереса даже тамъ, гдѣ онъ менѣе всего могъ быть преслѣдуемъ, если оно, далѣе, не останавливалось и передъ вредными для дѣла комбинаціями, когда это было нужно, чтобы пристроить многочисленный штатъ должностныхъ лицъ безъ мѣста, все же и оно кое-что дѣлало въ новомъ направленіи такого, что на видъ связано было съ отказомъ фиска отъ нѣкоторыхъ преимуществъ въ интересахъ улучшенія условій реальнаго кредита.

Такъ, эдиктомъ отъ 1669 г. [2]) дается ограничительное толкованіе деклараціи 1665 г. [3]), слишкомъ расширявшей законныя ипотеки фиска на имущество чиновниковъ-контаблей. А когда на практикѣ и эдиктъ 1669 г. стали толковать въ духѣ деклараціи 1665 г., то правительство издало новую декларацію отъ 11 дек. 1673 г. [4]), подтверждающую ограничительный

[1]) См. Декларація 30 іюня 1673, 4 ноября 1680 и эдиктъ 1706 у Isambert, XIX 113, № 735; 254 № 978; и XX 485 № 1999.

[2]) Recueil d'Isambert XVIII 329, № 576.

[3]) Передается въ деклараціи 1673 г.

[4]) Rec. d'Isambert XIX 123, № 750.

смыслъ эдикта 1669 г. въ отношеніи деклараціи 1665 г. Мотивомъ ограничительнаго толкованія служитъ то, что вызвавшія декларацію 1665 г. исключительныя условія (безпорядки финансоваго управленія) устранены, а мѣра деклараціи препятствуетъ, между тѣмъ, возстановленію кредита чиновниковъ, имущества коихъ обременены чрезмѣрной законной привиллегіей въ пользу фиска.

Впрочемъ, на этомъ относительномъ умѣреніи привиллегій фиска правительство и остановилось. За фискомъ остались еще широкія преимущества, и институтъ негласныхъ ипотекъ фиска, крайне вредный для интересовъ реальнаго кредита, оставался и неоднократно настойчиво подтверждался; ипотеки короля на ренты контаблей были изъяты отъ дѣйствія lettres de ratification, а способъ очистки ипотекъ на имѣнья, пріобрѣтаемыя королемъ (Roi=Etat), былъ исключительно легкимъ. Такъ что и въ роли кредитора, и въ роли должника фискъ, или король (источники употребляютъ оба термина въ одномъ значеніи) пользовался исключительно привиллегированнымъ положеніемъ. А при широкой жизненной роли фиска, при служеніи массы землевладѣльцевъ государству, это положеніе должно было сильно вредить ипотечному обороту [1]). Въ заключеніе добавлю, что строй этихъ привиллегій фиска характеризуется такимъ юридическимъ безвкусіемъ, такимъ отсутствіемъ всякаго руководящаго начала, что онъ одинъ можетъ уже иллюстрировать всю ту бездарность, какую французы обнаружили въ правовой организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота не только въ разсматриваемомъ періодѣ, но и во все позднѣйшее время вплоть до нашихъ дней, и какая можетъ найти себѣ объясненіе только въ томъ, что во Франціи пустила глубочайшіе корни доктрина естественнаго права (ниже).

§ 54. Эдиктъ 1771 г.

Во второй половинѣ 18 столѣтія, именно въ 1771 г., дѣлается опять попытка урегулировать оборотъ недвижимостей, и снова—на началахъ ипотечной, но не вотчинной системы. Эдиктъ 1771 г. [2]) открыто заявляетъ о своей преемственной связи съ обоими эдиктами отъ марта 1673 г. Цѣль его—это цѣль общаго права Кольберовскаго эдикта, средства же—это средства спеціальнаго права другого эдикта 1673 г., имѣвшаго узкую сферу примѣненія къ рентамъ на королевскіе домены. Вызванъ эдиктъ застарѣлыми жалобами на безпорядокъ оборота, эвикціи, разорительные процессы и неудовлетворительность, разорительность и медленность décret volontaire, служащаго до сихъ поръ единственнымъ средствомъ общаго права, могущимъ помочь сторонамъ при переходѣ недвижимости въ другія руки. Законодатель, по-прежнему, увѣренъ, что дѣлу можетъ помочь гласность и

---

[1]) Кромѣ деклараціи 1665 г., эдикта 1669 г. и деклараціи 1673 г., см. еще декларацію отъ 4 н. 1680, декларацію 1689 г., эдиктъ 1706 г., деклар. 11 окт. 1707 г., эдиктъ 1693 г. Находятся у Isambert, XIX 113; XX 485; XX 78; XX 526; XX 195.

[2]) Recucic d'Isambert XXII 530 № 1014.

обезпеченность ипотечнаго оборота. Въ цѣляхъ послѣднихъ эдиктъ и предписываетъ:

Кредиторы и всѣ, имѣющіе претензію на право привиллегій и ипотекъ на реальныя и идеальныя (фиктивныя) недвижимости, всякаго рода и мѣста нахожденія, должны совершать впредь оппозицію своихъ правъ у хранителей (conservateurs) по мѣсту нахожденія недвижимостей. И тогда они сохраняютъ свои ипотеки и привиллегіи, несмотря на переходы собственности на обремененныя недвижимости и на сопровождающія такіе переходы lettres de ratification (о которыхъ ниже) [1]. Но дѣйствіе оппозиціи сохраняется только въ теченіе 3 лѣтъ [2]). Чтобы право сохранило свое дѣйствіе и на дальнѣйшее время, требуется возобновленіе оппозиціи, хотя бы и до истеченія 3-хъ лѣтъ [3]). Формулировка послѣдняго положенія указываетъ на плохо скрытую въ эдиктѣ фискальную цѣль, вполнѣ понятную въ эпоху угнетеннаго финансоваго положенія, переживавшагося въ то время Франціей.

Обязанности предъявленія повинны всѣ, безъ различія положенія, въ частности и малолѣтніе, и ограниченные въ дѣеспособности по другимъ основаніямъ (interdits), отсутствующіе, les gens de main-morte, жены, состоящія подъ властью мужей, законные представители, какъ опекуны, управители, синдики и директоры торговыхъ товариществъ, и т. д. [4]).

Изъ этого общаго правила эдиктъ знаетъ, однако, нѣсколько исключеній: 1) ипотека жены на имущество мужа, при жизни послѣдняго, свободна отъ оппозиціи; 2) тоже—ипотека дѣтей на имущество отца, по случаю управленія послѣднимъ ихъ douaires non onverts; 3) наконецъ, нѣкоторыя права феодальныхъ сеньоровъ, какъ таковыхъ [5]).

Срока для совершенія оппозиціи эдиктъ не опредѣляетъ.

Ипотеки не предъявленныя, но повинныя предъявленію, сохраняютъ свою силу, онѣ только: 1) уступаютъ предъявленнымъ, 2) гаснутъ при переходѣ имѣнья въ 3-и руки (очевидно, если переходъ сопровождается выправленіемъ lettres de ratification). Въ этомъ духѣ регулируется и расположеніе ипотекъ въ конкурсѣ [6]).

Для того, чтобы придать ипотекамъ большую гласность, а также и для того, чтобы этимъ путемъ обезпечить пріобрѣтеніе собственности, эдиктъ 1771 г., по образцу эдиктовъ 1673 г., привлекаетъ къ своей системѣ и переходы собственности.

Всѣ пріобрѣтатели недвижимостей, реальныхъ или (фиктивныхъ) идеальныхъ, по какому бы титулу они ни пріобрѣли таковыя, обязываются, при каждой перемѣнѣ въ лицѣ собственника, выправлять lettres de ratification, ратификаціонную грамоту, если только желаютъ фиксировать составъ ипо-

---

1) § 12, 15.
2) § 16.
3) § 16.
4) § 17, 18.
5) § 32, 34.
6) § 19.

текъ и другихъ вещныхъ правъ на пріобрѣтаемую недвижимость, или, какъ выражается эдиктъ, имѣя въ виду цѣль мѣры—„очистить недвижимость отъ ипотекъ“ [1]) Ратификаціонная грамота имѣетъ своимъ послѣдствіемъ очистку недвижимости отъ всѣхъ привиллегій и ипотекъ, установленныхъ продавцомъ, управомоченные по которымъ пренебрегли совершить оппозицію своихъ правъ [2]). Но въ отношеніи права собственности грамота не даетъ пріобрѣтателю больше, чѣмъ имѣлъ отчуждатель и чѣмъ онъ уже передалъ пріобрѣтателю по акту пріобрѣтенія [3]).

Грамота выправляется по мѣсту нахожденія недвижимости. Если послѣдняя расположена въ нѣсколькихъ округахъ, то грамота подлежитъ предварительной провѣркѣ и наложенію печати во всѣхъ округахъ, иначе на недвижимость сохраняютъ свое дѣйствіе всѣ ипотеки, установленныя отчуждателемъ, въ той долѣ ея, которая расположена въ округѣ, гдѣ грамота не была опечатана [4]). Исключеніе допускается только для перехода леновъ и сеньорій; тутъ достаточно, чтобы грамота была опечатана по мѣсту нахожденія главной массы имѣнья [5]).

Для выполненія очерченныхъ операцій, учреждаются въ округахъ (bailliage et sénéchaussée) особыя канцеляріи, а въ нихъ особыя должности хранителей ипотекъ, хранителей печати и секретарей (conservateurs des hypothèques, gardes des sceaux, greffiers expéditionnaires desdites lettres de ratification [6]). Хранители ипотекъ ведутъ реэстръ на гербовой бумагѣ, съ соблюденіемъ при этомъ строгой точности и порядочности, приличныхъ свойству и значенію его. Въ реестръ и заносятся оппозиціи немедленно по ихъ поступленіи [7]).

Общій порядокъ производства въ установленіи различается для совершенія оппозиціи и для выдачи ратификаціонной грамоты.

a) При оппозиціи производство то же, какое было установлено на этотъ случай спеціальнымъ эдиктомъ 1673 г. Новы лишь нѣкоторыя детали да еще то, что оппонентъ указываетъ условно избранный имъ домицилій въ мѣстѣ нахожденія канцеляріи, по каковому домицилію и направляются потомъ юридически дѣйствительнымъ образомъ всѣ оффиціальные акты, повѣстки, извѣщенія и т. д., предназначенныя для оппонента [8]) b) Пріобрѣтатель недвижимости, желающій выправить ратификаціонную грамоту, представляетъ въ канцелярію по мѣсту нахожденія недвижимости актъ пріобрѣтенія. Когда же отчуждается идеальная недвижимость, предъявленіе совершается въ канцелярію по мѣсту жительства отчуждателя. А такъ какъ послѣднее можетъ измѣняться, то отчуждатель доказываетъ въ актѣ отчужденія или въ осо-

---

[1]) § 6.
[2]) § 7.
[3]) § 7; ср. § 33.
[4]) § 12.
[5]) eod.
[6]) § 1, 2.
[7]) § 21.
[8]) § 20—24.

бомъ нотаріальномъ актѣ свой домицилій за 3 послѣднихъ года. Такъ какъ 3 года есть преклюзивный срокъ для оппозиціи, то пріобрѣтатель всегда съ этими данными будетъ обезпеченъ отъ всякихъ неожиданностей. Секретарь, которому предъявленъ актъ пріобрѣтенія, обязанъ въ теченіе 3-хъ дней, по представленіи акта, выставить на особой доскѣ, нарочно для того помѣщенной въ залѣ канцеляріи, извлеченіе изъ договора, содержащее данныя о переходѣ собственности, цѣнѣ и условіяхъ пріобрѣтенія. Извлеченіе виситъ 2 мѣс. и до истеченія этого срока не выдается и ратификаціонная грамота [1]).

Кредиторы продавца благоволятъ являться за этотъ періодъ для надбавки цѣны. И тогда покупщикъ удерживаетъ за собою предметъ лишь подъ условіемъ, что согласится дать высшую предложенную кредиторомъ цѣну. Затѣмъ изготовляется грамота. Прежде чѣмъ наложить печать на грамоту, наводятся справки о заявленныхъ ипотекахъ и т. п. на недвижимость. Найденныя оппозиціи отмѣчаются на поляхъ грамоты, и послѣдняя опечатывается съ бременемъ заявленныхъ ипотекъ; эти ипотеки и остаются въ дѣйствіи безъ того, чтобы кредиторы возобновили ихъ въ отношеніи новаго пріобрѣтателя (по случаю перехода собственности въ другія руки; періодическое же возобновленіе оппозицій обязательно каждые 3 г.). Если заявленныхъ ипотекъ не встрѣчается, грамота опечатывается безъ оговорокъ. Производство съ опечатаніемъ заимствуется изъ практики королевской канцеляріи [2]).

За дѣйствія свои, особенно за упущенія при указаніи оппозиціи, чиновники отвѣчаютъ передъ сторонами лично [3]).

Когда недвижимость отчуждается съ публичнаго торга (décret forcé), кредиторы, введенные во владѣніе недвижимостью, обязываются, по крайней мѣрѣ за 1 мѣс. до присужденія недвижимости съ торговъ, объявить о своемъ владѣніи кредиторамъ, совершившимъ оппозицію своихъ ипотекъ на такую недвижимость, по домицилію кредиторовъ, иначе и публичные торги будутъ ничтожны въ интересѣ кредиторовъ [4]).

Въ переходномъ правѣ эдиктъ отмѣняетъ опять всѣ національныя формы возникновенія ипотеки, извѣстные coutumes de nantissement [5]).

Окончательно отмѣняется и décret volontaire, такъ какъ ратификаціонная грамота только и предназначена замѣнить декреты.

Эдиктъ 1771 г. привился, былъ декларированъ [6]) и имѣлъ историческое значеніе, служа образцомъ для нѣкоторыхъ революціонныхъ проектовъ, державшихся начала негласной ипотеки [7]). Ибо система 1771 г. есть, въ сущности, система полной негласности ипотекъ. Ни дѣйствительность ипо-

---

[1]) § 8, 10, 11.
[2]) § 25, 26.
[3]) § 27.
[4]) § 31.
[5]) § 35, 36.
[6]) У Isambert, XXII 547, № 1031: Declaration 23 juin 1772.
[7]) Проектъ Bigot-Préameneau, у Fenet, Recueil complet, цит. т. I и XV.

теки, ни дѣйствительность перехода собственности не зависѣли вовсе отъ той мѣры, которая вскрывала ипотеку и переходъ собственности. Эту мѣру стороны могли осуществить когда угодно, ибо эдиктъ 1771 г. даже не связываетъ оппозицію и выправленіе грамоты какимъ-либо срокомъ. Дѣйствіе ипотеки, далѣе, всегда относится къ моменту ея негласнаго возникновенія. Были оставлены все еще важныя молчаливыя ипотеки. Эвикція была совершенно не ограничена, и кредиторъ, даже заявившій свою ипотеку, могъ лишиться ея, разъ только недвижимость эвинцируется у установителя ипотеки. Весь успѣхъ закона лишь въ томъ и заключается, что онъ замѣнилъ волокитное и дорого стоящее производство décret v. менѣе волокитнымъ, но едва ли болѣе дешевымъ производствомъ выправленія грамоты и оппозиціи ипотекъ. Мѣра служила больше пріобрѣтенію недвижимостей, чѣмъ реальному кредиту. Но и пріобрѣтатель не былъ гарантированъ отъ злоупотребленій со стороны отчуждается, а только отъ неизвѣстныхъ ему ипотекъ. Стоило явиться болѣе раннему пріобрѣтателю,—и грамота была безсильна. Возможность же злостныхъ многократныхъ отчужденій въ то время не исключалась вовсе во Франціи, такъ какъ собственность пріобрѣталась простымъ соглашеніемъ, облеченнымъ въ нотаріальную форму, а это соглашеніе могло состояться въ любомъ концѣ государства [1]).

Не удивительно, что страны обычнаго права оказали эдикту 1771 г. упорное сопротивленіе. Парламентъ Фландріи заявилъ [2]), что онъ смотритъ на содержащійся въ nantissement публицитетъ ипотекъ какъ на верхъ мудрости, какъ на печать, опору и надежду собственности, какъ на коренное право, пользованіе которымъ давало во всѣ времена наисчастливѣйшіе успѣхи, создавало довѣріе и вызывало легкость сдѣлокъ, которыя бельгійцы заключаютъ между собою. Благодаря этой формѣ, всѣ тяготы и ипотеки, обременяющія недвижимости, вскрывались, и ничего нѣтъ болѣе надежнаго и достаточнаго, чтобы вѣрно ссужать,—какъ удостовѣриться въ правовомъ состояніи недвижимости посредствомъ простого осмотра ипотечнаго реэстра"... И вплоть до революціи эдиктъ 1771 г. фактически не примѣнялся въ этихъ странахъ. „Это объяснялось слабостью тогдашней власти, но это было и полезно для указанныхъ странъ" [3]).

Но время было такое, что на эдиктъ нападали и съ другой стороны, эдиктъ осуждали за то, что онъ пытается ввести хотя какую-нибудь гласность. И это дѣлали такіе почтенные юристы, какъ D'Agesseau [4]). „Гласность, разсуждаетъ Дагессо, вообще противна частному дѣлу. А во Франціи она и вовсе опасна. Французы больше, чѣмъ какой-либо другой народъ, живутъ общественнымъ мнѣніемъ. Доброе мнѣніе для француза источникъ бо-

---

1) См. Besson, цит. соч. стр. 76—78.

2) Fenet, цит. тр. XV т. пренія Госуд. Совѣта по поводу ипотечнаго права Напол. кодекса.

3) Fenet, eod. См. также Декретъ 20 сент. 1790 г. и Viollet, 633 стр.

4) Oeuvres, Paris. MDCC. LXXXIX, XIII т., 620 стр.

гатства, а дурное—путь къ разоренію. Ввести гласность—значитъ лишить человѣка возможности выйти изъ затруднительнаго положенія, затопить его; это значитъ вызвать національный кризисъ и сломать послѣднюю защиту противъ нищеты, $^{3}/_{4}$ подданныхъ короля въ одинъ день послать подъ декретъ! Скажутъ, что гласность выгодна кредиторамъ, а ихъ нужно поощрить. Но лучше этого не дѣлать, такъ какъ лѣкарство можетъ причинить больше зла, чѣмъ самая болѣзнь. Лучше предоставить самимъ частнымъ лицамъ распознавать благонадежность тѣхъ, съ кѣмъ они имѣютъ дѣло. Законъ зашелъ бы слишкомъ далеко, если бы задался цѣлью предусмотрѣть всѣ частныя неудобства. Онъ могъ бы только повредить свободѣ и легкости сдѣлокъ, которыя только и возможны при томъ порядкѣ, при которомъ возникаютъ и неудобства отъ свободы. Сдѣлать оборотъ обезпеченнымъ—значитъ уничтожить его; искать совершенства напрасно, такъ какъ оно несвойственно человѣчеству. Да и число должниковъ въ государствѣ больше, чѣмъ кредиторовъ; разрушить ихъ имущественное положеніе—значитъ разрушить государство, да и кредиторовъ. Только ростовщики извлекутъ выгоду изъ такого закона". Въ заключеніе Дагессо все же замѣчаетъ, что если уже вводить систему гласности, то не въ духѣ эдикта 1771 г., а въ духѣ эдикта 1673 г.

Всѣ эти доводы повторялись дословно сторонниками негласнаго режима, при обсужденіи проекта Наполеонова кодекса во французскомъ госуд. совѣтѣ [1]).

ОТДѢЛЪ III.

Новое движеніе въ Австріи.

Въ Австріи упадокъ національнаго вотчинно-ипотечнаго режима и проистекшій отсюда вредъ для оживающаго оборота былъ замѣченъ довольно рано. И весь 18 вѣкъ въ исторіи австрійскаго права знаменуется законодательной горячкой въ области урегулированія вотчинно-ипотечнаго оборота. При этомъ австрійскій законодатель дѣйствуетъ съ такой рѣшительностью, какую не проявилъ ни одинъ законодатель того времени и которая можетъ быть объяснена только тѣмъ, что онъ имѣлъ передъ собою живой образецъ богемскихъ помѣстныхъ книгъ, благодѣтельное значеніе которыхъ для оборота было въ великой славѣ. Австрійскому законодателю не оставалось ничего лучшаго, какъ только распространить богемскій институтъ на коренныя австрійскія земли, приспособивъ его къ новымъ условіямъ и отчасти усовершенствовавъ. Онъ такъ и поступилъ. Восхваляя LT., законодатель заявлялъ, что хочетъ пріобщить къ благодѣтельнымъ послѣдствіямъ, получаемымъ отъ LT., и другія свои страны. Волнообразно, нѣсколькими пріемами институтъ богемскихъ помѣстныхъ книгъ распространяется на всѣ значительныя австрійскія области, а, по мѣрѣ новыхъ и новыхъ расширеній сферы ихъ дѣйствія, институтъ ихъ усовершенствуется и съ внутренней стороны.

---

1) Fenet, цит. трудъ томъ I и XV.

§ 55. Внѣшняя исторія Landtafel за данный періодъ.

I. Въ самомъ началѣ 18 ст., им. въ 1705 и 1709 гг., по разнымъ поводамъ, было рѣшено въ принципѣ „въ виду полезнаго дѣйствія LT. на оборотъ и, въ частности, на кредитъ въ Богеміи“, организовать аналогичныя учрежденія и во внутреннихъ австрійскихъ областяхъ. Но пока было приступлено лишь къ отобранію мнѣній о томъ отъ компетентныхъ установленій. На практикѣ же дѣло ограничилось лишь единичной мѣрой для области Troppau. Rescript v. 23 Nov. 1708 für Troppau былъ первымъ законодательнымъ актомъ въ области вотчинно-ипотечнаго режима, послѣ долгаго и глубокаго молчанія, навѣяннаго римскимъ вліяніемъ и не прерывавшагося даже для дѣйствовавшихъ въ жизни богемскихъ номѣстныхъ книгъ.

Рескриптъ 1708 г. провозглашалъ нѣсколько коренныхъ началъ вотчинно-ипотечной организаціи въ категорической формѣ, но безъ тщательнаго развитія ихъ. Рескриптъ вообще стоитъ еще одиноко и служитъ лишь провозвѣстникомъ скораго оживленія въ законодательствѣ.

II. Это оживленіе и открывается изданнымъ при Карлѣ VI Landtafel-Patent für Steiermark v. 15 Mz. 1730, осуществляющимъ давно рѣшенное въ принципѣ дѣло.

Повидимому, результатъ оказался успѣшнымъ, такъ какъ на почвѣ провозглашенныхъ этимъ патентомъ началъ и лишь съ новыми и новыми частичными поправками со временемъ издается рядъ аналогичныхъ законодательныхъ мѣръ и для другихъ областей, именно: въ 1746 г. 25 іюля издается Маріей Терезіей Landtafel-Institutum для Каринтіи, въ 1747 г. 24 іюня—LT-Patent для Крайны, въ 1761 г. 10 янв. и 1772 г. 26 окт. на итальянскомъ языкѣ издаются такіе же патенты для Görz и Градиски [1]).

Сходно въ существенномъ составленъ и за этотъ же періодъ изданъ LT-Patent für Oesterreich Ob der Enns v. 3 Oct. 1754 [2]), вслѣдъ за которымъ въ 1758 г. 24 ноября появился въ многомъ сходный съ нимъ дословно, хотя и не безъ частичныхъ улучшеній, LT-Patent für Oesterreich Unter der Enns [3]).

Эти патенты и рескрипты образуютъ собою первую очередь, какъ бы первую волну, не одинаково достигшую различныхъ областей, но по существу однообразную и мѣнявшуюся по содержанію лишь въ частностяхъ, по мѣрѣ удаленія отъ центра къ периферіи государства.

III. Волна еще не достигла предѣловъ своего распространенія, какъ правительству были указаны недочеты и пробѣлы новой организаціи въ формахъ производства и книгъ, открывшіеся при примѣненіи системы въ коренныхъ австрійскихъ земляхъ.

---

[1]) Перечисленныхъ до сихъ поръ патентовъ я не могъ отыскать въ вѣнскихъ библіотекахъ и ознакомился съ ними въ передачѣ ихъ у Haan, Studien über LT-Wesen. Wien 1866, стр. 15, 19, 21.

[2]) Codex Austriacus, Suppl. p. V, 897.

[3]) Eod. V, 1282.

Тогда регистраторъ одного изъ новыхъ установленій, Карлъ Беррелеръ, командируется въ Брюннъ для изученія на мѣстѣ развившейся тамъ вѣками практики веденія помѣстныхъ книгъ.

На сдѣланный имъ докладъ и былъ изданъ, отчасти на основаніи старыхъ инструкцій (Моравской отъ 1642 г., Богемской отъ 1652 г., Каринтійской отъ 1747 г.), а отчасти на основаніи добытыхъ Беррелемъ на мѣстѣ данныхъ и общихъ требованій усовершенствованія производства [1]), Patent v. 7 Aug. 1762 für Oesterreich unter der Enns) [2]), съ котораго потомъ были скопированы Patent für Steiermark v. 7 Jänner 1763 [3]) и Patent für Oesterreich ob der Enns v. 20 Jänner 1763 [4]). Эти патенты служили лишь новеллами, изданными на почвѣ прежнихъ мѣръ и только усовершенствовавшими право прежнихъ уставовъ, но не отмѣнившими ихъ [5]). Нѣсколько позднѣе, им. въ 1769 г. 29 окт., на существенно сходныхъ основаніяхъ съ реформированными прежними патентами издается LT-Patent für Breisgau [6]), а 4 марта 1780 г. подводятся итоги всей второй серіи патентовъ въ Tabular-Patent für Galizien [7]).

IV. Третье круговое движеніе открывается изданіемъ 1 авг. 1783 г. LT-Patent für Breisgau, принадлежавшаго въ то время Австріи [8]). Этотъ патентъ содержитъ новыя значительныя усовершенствованія внѣшней стороны организаціи помѣстныхъ книгъ, но онъ не чуждъ и внутреннихъ улучшеній права. За этимъ патентомъ и на почвѣ провозглашенныхъ имъ началъ 10 янв. 1791 г. издается LT-Patent für das Jnnviertel [9]).

V. Когда институтъ богемской вотчинно-ипотечной системы, съ тѣми или другими измѣненіями, обошелъ большинство австрійскихъ земель [10]), онъ получилъ отдѣлку, оставившую позади организацію помѣстныхъ книгъ на родинѣ послѣднихъ, въ Богеміи и Моравіи. Было необходимо подновить въ законодательномъ порядкѣ и старое Богемское право. И вотъ 22 апр. 1794 г. издается LT-Patent für Böhmen u. Mähren [11]), съ приложеніемъ обширной LT-Instruction [12]), освѣщенной формулярами. Повидимому, законодатель при-

---

1) Haan, 23.

2) Codex Austriacus, Suppl. p. VI, стр. 341.

3) Haan, 23.

4) Cod. Austr. Suppl. p. VI, стр. 367.

5) См. LTPat. f. Oest. u. d. E. 1762 n. 12; LTP. f. Oest. ob d. E. 1763 n. 12 и т. д.

6) Haan, 25.

7) Haan, 25 и слѣд.

8) Joseph des Zweiten Röm. Kais. Gesetze u. Verfassungen in Justizfache. Prag u. Wien 1786, стр. 247.

9) Leopolds des Zw. Röm. Kais. Ges. u. Verf. im Justizf. 1791. Clagenfurt. № 113.

10) Нѣкоторыя области до самаго закона 1871 г. не получали законодательной регламентаціи вотчинно-ипотечной организаціи, какъ Тироль, Зальцбургъ, Краковъ, Истрія, Далмація и др., хотя и тамъ путемъ обычая возникали аналогичныя явленія. См. Haan, 14.

11) Politische Gesetze u. Verordnungen für die Oesterr. Böhm. u. Galiz. Erbländer Wien 1794, IV Anh., стр. 69.

12) Вмѣстѣ съ патентомъ находится во Franz des Zweiten Röm. Kais. Ges. u. Verf. im Iustizf. Prag., стр. 96 и 110.

слушивался при изданіи послѣднихъ мѣръ и къ недавно вышедшему прусскому Allgemeine Hyp.-Org 1783 г.

Этимъ завершается надолго въ Австріи творческая законодательная дѣятельность въ области формальнаго вотчинно-ипотечнаго права.

Посмотримъ теперь, какіе успѣхи сдѣлала за этотъ періодъ правообразовательная дѣятельность въ области интересующаго насъ вопроса.

§ 56. Вотчинно-ипотечный режимъ австрійскихъ патентовъ 18 стол.

1. Вотчинно-ипотечное установленіе называется LT-Amt, Vormerkungs-Amt [1]), Weiss-Boten-Amt [2]). Новыя функціи были ввѣрены мѣстами прежнимъ установленіямъ, отправлявшимъ болѣе или менѣе аналогичныя функціи [3]). По крайней мѣрѣ въ большинствѣ случаевъ установленіе было единоличнымъ [4]). Ипотечнымъ судьею былъ Landmarschall, онъ же Landeshauptmann [5])—и въ качествѣ ипотечнаго чиновника называется LT-Director [6]), Ober-Director [7]), LT-Amt-Director [8]). Установленіе было сначала и независимымъ отъ суда [9]). Съ учрежденіемъ ипотечнаго установленія связывалась частичная концентрація вотчинно-ипотечнаго дѣла, им. лишеніе другихъ органовъ прежде принадлежавшихъ имъ вотчинно-ипотечныхъ функцій въ отношеніи имѣній, подчиненныхъ LT. [10]).

Въ началѣ 2-й половины 18 ст. единоличныя и отдѣльно отъ суда стоящія ипотечныя установленія были признаны неудобными. И, послѣ ознакомленія Карла Берреля съ постановкой дѣла на родинѣ LT., было рѣшено ввести аналогичную богемской и моравской организацію вотчинно-ипотечныхъ установленій и въ другихъ австрійскихъ земляхъ. И вотъ, послѣдующіе патенты [11]) ввѣряютъ вотчинно-ипотечныя функціи уже не единоличному Ландмаршалу, а ландмаршальскому суду или общимъ судамъ (Landrecht), которые, какъ judicium formatum, и разсматриваютъ и произносятъ опредѣленія по всѣмъ вотчинно-ипотечнымъ дѣламъ.

2. Книги помѣстныя попрежнему носятъ названіе Landtafel [12]); но орга-

---

[1]) Pat. f. Steierm. 1730, Pat. f. Oest. ob. 1754 n. 1, Pat. f. Böhm. u. M. 1794, § 30 и др.

[2]) Pat. f. Oest. unter. 1758 princ.

[3]) Pat. f. Oest. unter. 1758 princ.

[4]) Institutum f. Kärnth. 1746.

[5]) Pat. f. Oest. unter. 1758 n. 26, Pat. f. Oest. ob. 1763, P. f. Steierm. 1763, P. f. 1763; P. f. Steierm. 1730, P. f. Oest. ob. 1754 n. 26.

[6]) Institutum f. Kärnth. 1746.

[7]) P. f. Steierm. 1730, P. f. Oest. unt. 1758 n. 26, P. f. Oest. ob. 1754 n. 26, P. f. Krain 1747 и др.

[8]) P. f. Oest. unt. 1758 n. 10 abs. 4.

[9]) P. f. Oest. unt. 1758 n. 13. Зависимость была установлена послѣ.

[10]) P. f. Oest. unt. 1758 n. 1.

[11]) P. f. Oest. unter. 1762, P. f. Oest. ob. 1763 и P. f. Steierm. 1768, а также скопированные съ нихъ патенты.

[12]) Это названіе свойственно всѣмъ патентамъ.

низація ихъ отчасти съ самаго начала была на новой почвѣ иной, чѣмъ въ Богеміи и Моравіи, отчасти же потомъ потерпѣла значительныя измѣненія.

Съ самаго начала въ новыхъ областяхъ примѣненія богемской системы мы не встрѣчаемъ въ источникахъ никакихъ указаній на разряды книгъ. Очевидно, функція Landtafelamt, какъ этого и слѣдовало ожидать, специализировалась исключительно на вотчинно-ипотечной организаціи, и книги велись только вотчинно-ипотечныя, такъ сказать, только одинъ разрядъ ихъ.

Съ другой же стороны, всюду, повидимому [1]), и на значительное время сохранилась старая богемская хронологическая, трудная для обозрѣнія, система записей, передача сдѣлки per extensum, соединеніе въ одной вотчинной книгѣ и актовъ, на которые книга опирается, какъ равно и другія примитивныя свойства внѣшней обстановки дѣла. Однако, и въ этомъ отношеніи во 2-й половинѣ 18 ст. совершились перемѣны къ лучшему. Въ порядкѣ законодательномъ начало было положено патентомъ отъ 1783 для Брейсгау; но мы не рѣшимся утверждать, чтобы на практикѣ эти улучшенія не поступили хотя отчасти раньше [2]).

Прежде всего, на мѣсто одной книги вотчинныхъ сдѣлокъ, куда послѣднія заносились до сихъ поръ дословно, были учреждены двѣ книги: 1) Hauptschuldenbuch и 2) Urkundenbuch. Въ первую книгу заносятся теперь лишь существенные моменты сдѣлки и важныя для пріоритета правъ условія записи; во вторую же заносятся всѣ документы, на основаніи которыхъ право пріобрѣтено, и дословно. Такъ что первая книга получаетъ значеніе современной ипотечной книги, вторая же — современныхъ вотчинно-ипотечныхъ актовъ.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлается попытка провести для первой книги, ипотечной, табеллярную форму, и при томъ предметную, что очень важно для обозримости ея. Именно, тамъ образуются рубрики по имѣньямъ, и въ эти рубрики записываются имена владѣльцевъ, способы пріобрѣтенія владѣнія, обремененія его ипотеками и отмѣтки предварительнаго или протестативнаго характера [3]).

Когда это дѣленіе книгъ и табеллярная форма ихъ утвердилась въ австрійскихъ областяхъ, тогда богемская организація помѣстныхъ книгъ представлялась уже отсталой, и въ богемско-моравскомъ патентѣ 1794 г. тѣ же усовершенствованія вносятся и въ богемскія и моравскія помѣстныя книги, только еще болѣе изощренныя. Именно, прежнія Quaternen остаются и впредь, для дословной записи сдѣлокъ, и только отличаются впредь другъ отъ друга, вмѣсто красокъ, числами. Лишь тѣ Quaternen отмѣняются, которыя и безъ того уже приходили въ упадокъ [4]). Архивъ отдѣляется отъ

---

[1]) См., однако, Haan, 15 стр.
[2]) См., напр., Pat. f. Böhm. u. Mähr. 1794, введеніе; ср. также Haan, 26 стр.
[3]) Pat. f. Breisgau 1783, § 30.
[4]) § 41.

собственно Landtafel [1]), такъ что за послѣдними остаются только функціи вотчинно-ипотечнаго установленія [2]).

Но на-ряду съ Quaternen организуется вновь Haupt-Schuldenbuch, или просто Hauptbuch [3]). Въ этой послѣдней отводится для каждой особой недвижимости (Realität) особая рубрика [4]). Особой же или самостоятельной недвижимостью признается всякая недвижимость, которая особой обозначена въ кадастрѣ или особо существуетъ въ дѣйствительности [5]). Такимъ образомъ, вотчинно-ипотечная система ставится въ тѣсную связь съ кадастромъ: „все, что значится подъ извѣстной рубрикой въ кадастрѣ, получаетъ и въ Landtafel особую рубрику". Рубрика ипотечной книги и кадастра совершенно согласны другъ съ другомъ [6]). Разъ записанная въ ипотечную книгу (Hauptbuch и тутъ означаетъ ипотечную книгу) рубрика остается навсегда неизмѣнной въ Landtafel [7]). И впредь Hauptbuch и составляетъ основу Landtafel. Вещное право на недвижимость пріобрѣтается теперь лишь записью его въ Hauptbuch,—впрочемъ, въ предположеніи, что эта запись обосновывается документами, записанными въ Landtafel-Quaternen [8]).

Въ рубрикѣ каждой недвижимости на одномъ листѣ указывается наличный владѣлецъ [9]), а на другомъ листѣ той же рубрики отмѣчаются всѣ ипотеки и всѣ обязательства такимъ образомъ, чтобы весь составъ долговаго бремени, лежащаго на этой недвижимости, можно было обозрѣть, и чтобы рубрика каждой недвижимости сама собою уже представляла требуемый сторонами экстрактъ" [10]).

Въ приложенной къ патенту инструкціи, обстоятельной и иллюстрированной наглядными образцами, развивается внѣшняя сторона дѣла, формуляры записей на различные случаи, и т. д., а также развивается значеніе института, толкованіе существенныхъ его началъ, канцелярская сторона дѣла, обычная для веденія вотчинно-ипотечныхъ книгъ, составъ записи въ разныхъ случаяхъ и т. д. и т. д. Вся эта сторона дѣла имѣетъ уже вполнѣ зрѣлую постановку, отвѣчающую современнымъ требованіямъ формальнаго вотчинно-ипотечнаго права [11]).

3. *Имѣнья.* Въ этомъ отношеніи дѣйствовало все время универсальное начало, что только привиллегированныя рыцарскія имѣнья подлежатъ записи въ Landtafel и еще нѣкоторыя имѣнья свободныхъ лицъ, такъ что Landtafel

---

[1]) § 42.

[2]) 39, 40 и др.

[3]) Введеніе и § 1, 2 и др.

[4]) § 2.

[5]) Eod.

[6]) Eod.

[7]) § 3.

[8]) § 1.

[9]) § 4, тамъ и детали.

[10]) § 9.

[11]) Другіе патенты въ этомъ отношеніи болѣе или менѣе приближаются къ Богемской инструкціи 1794 г. См. P. f. Breisgau 1783, § 32, f. Innviertel 1791, § 33 и др.

сохранили приданный имъ еще въ Богеміи сословный привиллегированный дворянскій характеръ [1]).

Для характеристики имѣнья иногда требуется указаніе цѣны его [2]), иногда исключается [3]), но и указанная цѣна не выдается за достовѣрную, а только за приблизительную [4]). Измѣреніе имѣній также нѣкоторыми патентами вовсе исключается [5]). Принадлежности недвижимостей нѣкоторыя также исключаются [6]).

4. *Лица.* Въ отношеніи правоспособности къ LT. (Fähigkeit) въ 18 ст. произошли нѣкоторыя измѣненія. Мы знаемъ, что въ Богеміи правоспособность къ LT. регулировалась очень стѣснительными нормами и стояла въ зависимости отъ подданства, вѣроисповѣданія и гражданства лица. Но уже первые патенты [7]), уступая духу времени и потребностямъ реальнаго кредита, отступаютъ отъ богемскихъ суровыхъ началъ, а за ними либеральныя начала проходятъ и черезъ всѣ значительные послѣдующіе патенты [8]). Всѣ эти патенты провозглашаютъ начало, что „доступъ къ LT. имѣетъ всякій *кредиторъ*, безъ различія состоянія". Пріобрѣтающій же недвижимость долженъ инколироваться. Дальше этого, впрочемъ, дѣло не пошло въ 18 ст.

5. *Внѣшнія условія и формы производства у Landtafel.*

Тутъ въ 18 ст. произошли нѣкоторыя измѣненія въ духѣ времени и, очевидно, въ приспособленіи къ все болѣе оживающему обороту.

а) Прежде всего, въ патентахъ 18 ст. совершенно не встрѣчается начало обязательной личной явки сторонъ въ установленіе для совершенія записи. Явка только дозволяется [9]), и хотя сторонѣ предоставляется право требовать записи въ ея же присутствіи, все равно, явка не имѣетъ юридическаго значенія, а развѣ только фактическое: сторона будетъ знать, что все совершено.

---

[1]) Die im Landhause innligende Herrschaften, Güter u. Gülten, auch Freihäuser, und was sonst an Unbeweglichkeiten der Erkenntnis der Landeshauptmannschaft (или landmarschallischen Gerichtsbarkeit) unterworfen ist, P. f. Steierm. 1730, Institutum f. Kärnth v. 1746, P. f. Oest. ob. 1754. P. f. Oest. unter 1758 и др.; „diejenige ständischen Güter u. Gülten, die bei der Landschaft als wirkliche dominicalia inne liegen", P. f. Breisgau 1783, P. f. Innviertel 1791, P. f. Böhm. u. Mähr. 1794. Прочія недвижимости мѣстами подлежали иному вотч.-ип. строю, напр., въ Каринтіи, по Institutum 1746 (крестьянскія земли заносятся въ книги, ведущіяся ихъ помѣщикомъ, городскія — въ свои особыя Credittafel) и т. д., мѣстами же для нихъ было обѣщано изданіе иной мѣры, напр. въ P. f. Oest. ob. 1754 п. 2.

[2]) Oest. ob. 1754, Innv. 1791, § 3, Böhm. 1794, § 8.

[3]) Steierm. 1730, Breisgau 1783, § 3.

[4]) Eod.

[5]) Breisgan 1783, § 3, Innv. 1791, § 3.

[6]) Oest. u. 1758, § 1, Breisg. 1783, § 2, Innv. 1791, § 2.

[7]) P. f. Steiermark 1730.

[8]) P. f. Oest. ob. 1754, § 10, Oest. unter 1758, § 9, Breisgau 1783, § 15, Innv. 1791, § 16, и P. f. Böhm. u. Mähr. 1794, § 10. Ср. еще Maussbourg, 13 стр.

[9]) P. f. Breisgau 1783, § 11, f. Innv. 1791, § 11, f. Böhm. u. M. 1794, § 16.

b) Не требуется болѣе и спеціальное еще согласіе всѣхъ интерессентовъ на запись [1]).

c) Тѣмъ строже и пространнѣе регулируется теперь начало формальныхъ актовъ, на которыхъ основывается запись [2]). Для того, чтобы требованіе можно было записать въ LT., основывающій его актъ долженъ отвѣчать слѣдующимъ требованіямъ: α) долженъ содержать точное указаніе недвижимости, β) causa debendi и т. п., γ) открытое выраженіе полномочія на запись притязанія, δ) долговое письмо должно быть совершено при двухъ свидѣтеляхъ [3]) Но только на основаніи этихъ документовъ и совершается немедленно же окончательная запись права въ книгу [4]).

d) Періодическія сессіи вотчинно-ипотечнаго установленія, повидимому, смѣняются постоянной ихъ дѣятельностью, какъ равно и сессіи судовъ (Landrecht).

e) Публичность сессій вотчинно-ипотечныхъ установленій, вѣроятно, въ 18 в. не имѣла прежнихъ размѣровъ, какъ не имѣли ея и засѣданія судовъ того времени.

f) Но внѣшній публицитетъ книгъ продолжаетъ развиваться. Впрочемъ, это особенно ясно только для Богеміи. Но нѣтъ основаній не предполагать этого и для другихъ областей [5]). Прежде всего, по традиціи, богемскій патентъ 1794 г. провозглашаетъ начало, что книги доступны осмотру всей публики. И теперь осмотръ совершается уже самой публикой, лишь въ присутствіи чиновника [6]). Но этого способа ознакомленія съ книгами становится недостаточно, очевидно, вслѣдствіе развитія оборота. И потребовался способъ ознакомленія съ книгами путемъ выдачи экстрактовъ изъ нихъ [7]); способъ былъ извѣстенъ и раньше, какъ исключительная мѣра [8]), теперь же онъ становится правиломъ, и существенно совершенствуется. Началось съ того, что въ 80-хъ гг. нижнеавстрійскій LT-Registrator Joseph Kesslern поднялъ вопросъ объ организаціи экстрактовъ изъ LT.; въ отвѣтъ на это и послѣдовалъ Hofdecret 6 Oct. 1785 [9]); согласно послѣднему, сторонамъ

---

[1]) P. f. Steierm. 1730, f. Kärnth. 1746, f. Krain 1747, f. Oest. ob. 1754, § 10, f. Oest. unt. § 9, f. Breisgau 1783, § 16, f. Innv. § 16, j. Böhm. § 10 и т. д.

[2]) Т. обр. прежнее исключеніе возводится въ правило, а прежнее правило становится исключеніемъ.

[3]) P. f. Steierm. 1630, f. Kärnth. 1746, f. Krain 1747, f. Oest. ob. 1754, § 11, f. Oest. unt. 1758, § 10, f. Breisgau 1783, § 17, f. Innviertel 1791, § 17, f. Böhm. u. M. 1794, § 12 и др.

[4]) P. f. Steierm. 1730, P. f. Oest. unt. 1758, § 10, abs. 2: „которые акты обладаютъ такими свойствами, тѣ немедленно заносятся въ LT., на основаніи простаго предъявленія ихъ“, тоже повторяютъ и прочіе патенты, приведенные въ предш. примѣчаніи. Haan, 18: акты эти liquid, имѣютъ paratissimam executionem.

[5]) См. Haan, 28 стр.

[6]) P. 1794, § 34.

[7]) Ср. Haan, 28 стр.

[8]) См. LO. 1565, F. XV.

[9]) У Haan, 28 стр.

выдаются двоякаго рода извлеченія изъ ипотечной книги (Tabular-Extrakte)— обстоятельное и суммарное. Патентъ для Богеміи и Моравіи 1794 г. [1]) развиваетъ ученіе и, какъ будто, слѣдуетъ прусскому уставу 1783 г., хотя и свободно, и съ отступленіями. Согласно этому патенту, по требованію сторонъ, изготовляются экстракты общіе или спеціально до извѣстнаго поста относящіеся, обстоятельные или суммарные. Въ отношеніи всѣхъ ихъ проводится начало возможной точности и краткости; въ экстрактахъ не дѣлается никакихъ ссылокъ па Quaternen и акты, но помѣщается перечень постовъ съ точными цифрами; погашенные посты не вносятся, о нихъ дѣлается только отмѣтка: „N—погашенъ“. Эти экстракты выдаетъ регистраторъ, тогда какъ выписи изъ Quaternen, по-прежнему, выдаются только съ разрѣшенія суда (Landrecht).

6. *Коренныя формально-правовыя основы режима* усовершенствуются за это время, сохраняя прежній своеобразный характеръ.

а) Публицитетъ составляетъ излюбленный предметъ предписаній законодателя, хотя и несовершенныхъ, и незаконченныхъ. Подобно богемскому праву, всѣ патенты, изданные въ 18 ст., создаютъ вотчинно-ипотечную систему. Записи подлежатъ всѣ вещныя сдѣлки о недвижимости, имѣютъ ли онѣ предметомъ собственность [2]), ипотеку [3]) и т. д. [4]), на какомъ бы титулѣ права ни покоились [5]), на сдѣлкахъ ли inter vivos или mortis causa. По правилу, запись признается необходимой для возникновенія права [6]). Иногда изъ начала, что по записи возникаетъ вещное право, дѣлаются точныя романистическія отступленія [7]).

---

[1]) § 34–38.

[2]) P. f. Steierm. 1730, P. f. Oest. unt. 1758, § 1, f. Breisgau 1783, § 6, f. Innv. 1791, § 6, f. Böhm. u. M. 1794, § 5.

[3]) Steierm. 1730, Oest. unt. 1758, § 3, 4, 20, Oest. ob. 1754, § 4, 5, 21, Breisgau 1783, § 10, 12, Jnnv. § 9, 12, Böhm. u. M. § 9, 10, 15.

[4]) P. f. Steierm. 1730, Oest. unt. 1758, § 12, 13, Oest. ob. 1754, § 13, 14, Breisgau § 20, 21, Jnnv. § 21, 23 (dominium reservatum, фидеикоммиссъ и т. д.).

[5]) Законныя ипотеки: Steiermark 1730, Oest. unter 1758, § 4, 18, Oest. ob. 1754, § 5, 19, Breisgau § 12, 25, Jnnv. § 12, 27 и др.; завѣщанія: Oest. unt. 1758, § 4, Oest. ob. 1754, § 5, Oest. unt. 1762, § 12, Oest. ob. 1763 § 12, Breisgau § 24, Jnnv. § 26, Böhm. u. M. § 39; брачные договоры: Oest. u. 1758, § 4, Oest. ob. 1754, § 5, Breisgau § 23, Jnnv. § 25; дареніе: Oest. unt. 1758 § 4, Oest. ob. 1754, § 5. О наиболѣе обычныхъ титулахъ, какъ договоры, конечно, нечего говорить. Обобщеніе начала—въ P. f. Böhm. u. M. 1794, § 1, 5 и др. Поэтому патенту отъ записи не свободно и пріобрѣтеніе вещнаго права путемъ наслѣдованія по закону (§ 7). Источники выдаютъ за исключеніе изъ начала записи уже то, что послѣдней не подлежатъ абсолютно-привиллегированныя требованія, какъ налоги, процессуальныя и конкурсныя издержки, издержки на послѣднюю болѣзнь и погребеніе должника и т. п. Steierm. 1730, Oest. unt. 1758, § 4—17, Oest. ob. 1754, § 16—18, Breisgau § 10, Jnnv. § 9, и только Богемскій патентъ 1794 г. не знаетъ такой нормы.

[6]) См. всѣ мѣста источниковъ, только что приведенныя.

[7]) P. f. Oest. unt. § 24: незаписанные законные залоги только уступаютъ записаннымъ, но имѣютъ силу и, внѣ конкурренціи съ записанными, дѣйствуютъ. Ср. также Breisgau § 12, Innv. § 12.

Запись получаетъ абсолютное дѣйствіе съ самаго начала, по общему правилу, лишь тогда, когда, при совершеніи ея или по совершеніи, на нее послѣдовало открытое согласіе (еще новое) обязываемаго ею. Когда же согласіе не воспослѣдовало, запись можетъ быть еще оспорена въ теченіе 3 л. 18 нед. должникомъ. Оспариваніе предъявляется въ старой формѣ odpor. И только послѣ молчанія должника въ теченіе 3 л. 18 нед. или послѣ ранѣе даннаго согласія или отказа отъ протеста запись получаетъ неприступную крѣпость, другими словами, абсолютную fides p. [1]).

Срокъ, въ теченіе котораго можно требовать записи, не предписывается; кредиторъ или пріобрѣтатель побуждается къ ней своимъ интересомъ. Но въ особыхъ случаяхъ срокъ устанавливается; кредиторы наслѣдодателя имѣютъ право записать свои притязанія въ теченіе извѣстнаго срока по вступленіи наслѣдника въ наслѣдство на наслѣдственныя недвижимости, и тогда имъ не грозитъ ущербъ отъ ипотекъ, установленныхъ наслѣдникомъ, хотя-бы и ранѣе записанныхъ [2]).

b) Спеціалитетъ ипотеки въ отношеніи недвижимости настойчиво проводится патентами. Запись ипотеки не можетъ состояться, если актъ не указываетъ съ точностью обременяемой недвижимости [3]). Но это не исключаетъ открытаго установленія нѣсколькихъ ипотекъ на нѣсколько имѣній, въ обезпеченіе одного требованія (Simultanhypothek) [4]). Спеціалитетъ суммы не регулируется.

c) Пріоритетъ записанныхъ правъ, по всѣмъ патентамъ, опредѣляется исключительно моментомъ записи [5]). А чтобы согласить формальную истину съ матеріальной, патенты постепенно приходятъ къ началу, что порядокъ записей совершается въ послѣдовательности, въ какой поступаютъ въ ипотечное установленіе просьбы о записи, способныя вызвать запись. Болѣе ранніе патенты ставили способность правъ къ записи еще въ зависимость отъ фискальныхъ условій, отъ взноса пошлины [6]), но позднѣйшіе патенты отказались и отъ этого условія и поставили запись въ зависимость только отъ свойства акта, на которомъ покоится записываемое право [7]).

---

[1]) Oest. u. 1754, § 9, Oest. ob. 1758, § 10, Breisgau 1783, § 16, Jnnv. § 18, Böhm u. M. 1794, § 32, 33. Это новое и особое еще согласіе и прежде требовалось, но тогда оно являлось условіемъ самаго дозволенія записи, теперь же запись совершается безъ него и оно служитъ лишь условіемъ окончательной неоспоримости записи. Для оборота послѣднее удобнѣе, т. к. сокращаетъ процедуру безъ ущерба для кого-либо.

[2]) 6 мѣс.: Steierm. 1730; 1 г.: Oest. u. 1758, § 14, Oest. ob. 1754, § 15, Breisgau § 26, Jnnv. § 28.

[3]) Steierm. 1730, Oest. u. 1758, § 10, Oest. ob. 1754, § 11, Breisgau § 17, Jnnv. § 17, Böhm. § 12.

[4]) P. f. Kärnthen 1746, особ. f. Böhmen § 13.

[5]) P. f. Oest. unt. 1758, § 9, Oest. unt. 1762, § 5, 6, Oest. ob. 1763, § 5, 6, Breisgau § 10, Jnnv. § 9. Böhm. § 15 и др.

[6]) Oest. u. 1762, § 5, 6, Oest. ob. 1763, § 5, 6, Steiermark 1730; источники открыто выдаютъ начало за исключеніе изъ общаго правила „Vorrecht a die praesentati“.

[7]) Breisgau § 11, Innv. § 11, Böhmen u. M. § 16, 17.

d) Легалитетъ, вплоть до конца 18 ст. (повидимому, вплоть до вліянія прусскаго устава 1783 г.), выступаетъ въ патентахъ съ чертами благоразумной умѣренности. Вотчинное установленіе не пассивно, оно изслѣдуетъ правомѣрность записываемаго отношенія, прежде чѣмъ совершить запись, что естественно въ виду приданія записи свойствъ fides publica [1]). Въ концѣ же 18 ст., въ богемской инструкціи, легалитетъ, въ духѣ того времени, вырождается въ настоящую опеку власти надъ подданными.

7. *Цессіи записанныхъ ипотечныхъ требованій* не подлежатъ безусловно записи, для дѣйствительности перехода правъ; но, въ виду нѣкоторыхъ удобствъ, патенты регулируютъ и ихъ запись; когда право обошло нѣсколько рукъ и предъявляется послѣднимъ управомоченнымъ къ записи, тогда просьба указываетъ всѣхъ посредствующихъ пріобрѣтателей; въ ипотечную книгу заносится только наличный управомоченный, посредствующіе же управомоченные, какъ равно и всѣ акты, оправдывающіе промежуточные переходы права, заносятся въ Quaternen (вопросъ регулируется только въ Богемскомъ уставѣ [2]).

8. *Погашеніе* записей слѣдуетъ на предъявленіе достаточныхъ данныхъ о матеріальномъ прекращеніи права и совершается перечеркиваніемъ записи и отмѣткой на сторонѣ „погашена", со ссылкой на акты, помѣщаемые въ Quaternen [3]). Пока погашеніе не послѣдовало, право имѣетъ полное дѣйствіе, въ силу publica fides книги.

9. Патенты не только усвоили, но и развили старый институтъ *отмѣтокъ*, служащій неизбѣжнымъ коррективомъ всякой формалистической вотчинно-ипотечной системы и помогающій согласованію такой системы съ матеріальной истиной. Именно, патенты знаютъ уже два вида отмѣтокъ: предварительныя отмѣтки и протестативныя.

Предварительныя отмѣтки (Voranmerkungen, Pränotationen) имѣютъ мѣсто тогда, когда правоотношеніе возникло, но не сложилось въ такой мѣрѣ, чтобы могло быть окончательно записано въ ипотечную книгу. Институтъ намѣчается уже въ первыхъ патентахъ [4]), дѣлаетъ успѣхи въ послѣдующихъ [5]) и получаетъ завершеніе въ богемскомъ патентѣ [6]).

Предварительная отмѣтка о правѣ допускается тогда, когда требованіе о записи не опирается на актъ, способный вызвать немедленно же окончательную запись, или когда требованіе, опирающееся и на такой актъ, идетъ дальше, чѣмъ допускаетъ актъ, напр. кредиторъ не удовлетворяется предо-

---

[1]) Oest. unt. 1758, § 1, Oest. ob. 1763 и Oest. unt. 1762, § 3, 4, Breisgau, § 6, Jnnv. § 6, Böhm. § 5, 6, 24.

[2]) § 23, 24.

[3]) Перечеркиваніе указывается въ P. f. Breisgau 1783, § 32; но P. f. Jnnv. § 33 и f. Böhm. § 27 ея не знаютъ; послѣдній § 27 говоритъ лишь о погасительной отмѣткѣ.

[4]) P. f. Oest. unt. 1758, § 9, 10.

[5]) Breisgau § 19. Въ P. f. Jnnv. § 19 и Oest. ob. 1754, § 11, отмѣтка какъ-будто не встрѣчается, а кредиторъ ищетъ судомъ прямо записи.

[6]) § 17—19.

ставленнымъ въ актѣ обезпеченіемъ и требуетъ дополнительнаго, и когда, въ то же время, управомоченный требуетъ записи и представляетъ общія доказательства наличности права. Требованіе отмѣтки направляется въ судъ (Landrecht), при которомъ состоитъ ипотечное установленіе; должникъ извѣщается. Добившійся предварительной отмѣтки долженъ въ теченіе 14 дней съ момента требованія о ней предъявить искъ къ должнику о требованіи полной записи. Искъ по большинству патентовъ называется ordentliche Klage, по богемскому патенту — Rechts'ertigungs-Klage. Онъ предъявляется къ личному судьѣ должника. Исходъ иска рѣшаетъ судьбу отмѣтки. Упущеніе кредитора съ предъявленіемъ иска влечетъ погашеніе отмѣтки [1]).

Протестативная отмѣтка (protestatio, odpor) извѣстна всѣмъ патентамъ; она допускается тогда, когда должникъ не выразилъ своего особаго еще согласія на запись при совершеніи послѣдней или послѣ совершенія какимъ-либо образомъ. Допускается она въ теченіи 3 л. 18 нед. по совершеніи окончательной записи. Запись, противъ которой не предъявлено въ такой срокъ протестаціи, становится liquid, окончательно безспорной. Если же должникъ заявитъ протестъ, то отмѣтка о послѣднемъ заносится въ книгу и открывается процессъ о правильности записаннаго требованія. Разъ протестъ заявленъ, запись можетъ стать безспорной только въ случаѣ отказа должника отъ протеста. Исходъ спора рѣшаетъ судьбу протеста и главной записи. Оправданная запись дѣйствуетъ съ момента ея первоначальнаго совершенія. Onus probandi протеста лежитъ на протестантѣ, какъ и инициатива открытія спора [2]).

§ 57. Итоги.

Очерченный нами періодъ первыхъ проявленій новаго движенія въ области права, регулирующаго вотчинный оборотъ и реальный кредитъ, представляетъ собою эпоху образованія чисто внѣшней, формальной стороны вотчинно-ипотечнаго режима, которая позднѣе послужила основой для измѣненій самаго матеріальнаго права. Пока измѣненія права касаются, въ общемъ, лишь поверхности правоотношеній по недвижимостямъ и не затрогиваютъ сущности правоотношеній. Матеріальное право остается романизованнымъ. Романизованы въ извѣстной степени даже самыя новыя формы, въ которыя начинаетъ облекаться оборотъ. Запись въ книгу, кромѣ только правъ, сохранившихъ преемственность съ національными средневѣковыми правами, представляетъ много чертъ римскаго actus publicus. Но во многомъ значеніе ея, а особенно организація книгъ, уже усовершенствованы; по многимъ правамъ, только запись въ книгу завершаетъ пріобрѣтеніе права и только книга легитимируетъ субъекта права на распоряженія послѣднимъ. Съ этимъ началомъ дано уже многое. Незаписанная ипотека, по правилу, не есть уже ипотека и въ обо-

---

[1]) Подробности производства въ P. f. Böhmen § 18—19.

[2]) Oest, u. 1758, § 9, Oest. ob. 1754, § 10, Breisgau § 16, Innv. § 16, 18, Böhm. § 32, 33, Steierm. 1730, y Haan, 18.

ротѣ не имѣетъ значенія. Часто и незаписанная собственность не есть уже собственность. Однако, записанная ипотека и собственность пока подвержены оспариванію изъ матеріальныхъ основаній не только въ отношеніи непосредственно сторонъ, но и противъ 3-хъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей. Отсюда, существеннаго момента, которымъ отличается современная книга отъ римскаго actus publicus и который только и даетъ надежность оборота, служитъ душою организаціи, т. е. fides publica, въ разсмотрѣнную эпоху еще нѣтъ, кромѣ тѣхъ же лишь правъ, которыя стоятъ въ преемственности со средневѣковыми правами. Но сознаніе важности fides publica уже сказалось, и принимаются обходныя мѣры для приданія этого свойства отдѣльнымъ записямъ. Дальнѣйшему ближайшему правообразованію предстояло подвести итоги назрѣвшимъ идеямъ и, завершивъ формально-правовую основу режима, повести право недвижимостей на путь измѣненій внутреннихъ.



Книга III.

Право, регулирующее вотчинно-ипотечный оборотъ, въ его новѣйшемъ образованіи.

§ 58. Общія замѣчанія.

Въ новѣйшее время правообразованіе въ области, насъ интересующей, пошло 3-мя болѣе или менѣе значительно отличными другъ отъ друга путями, приведшими къ 3-мъ различнымъ современнымъ типамъ вотчинно-ипотечнаго режима, подъ которые сводятся безъ остатка и безъ затрудненій всѣ культурныя законодательства нашего времени. Признакомъ различія служитъ, однако, не столько какое-либо основное свойство, сколько степень развитія болѣе или менѣе общей коренной основы,—именно fides publica вотчинной книги и, соотвѣтствующей ей въ матеріальномъ правѣ, защиты 3-го добросовѣстнаго пріобрѣтателя правъ на недвижимость. Однако, различіе по степени развитія общей основы такъ значительно, что всѣ три типа представляются совершенно обособленными другъ отъ друга системами.

1. Прежде всего, мы имѣемъ типъ, такъ сказать, прошлаго, крайне отсталый, не отвѣчающій болѣе современнымъ экономическимъ условіямъ и всѣми единогласно осужденный,—это именно французскій типъ, распространенный какъ вообще у народовъ романской группы, такъ еще и въ нѣкоторыхъ другихъ южныхъ странахъ.

2. Другой типъ, наиболѣе современный, зрѣлый, привившійся къ культурнымъ особенностямъ европейскихъ народовъ и составляющій образецъ обще-европейскаго подражанія—это именно германскій типъ, точнѣе прусскій, распространенный въ средней Европѣ и усвоенный нашимъ проектомъ вотчиннаго устава.

3. Третій типъ—это типъ будущаго, несомнѣнно;—возникшій въ срединѣ 19 ст. въ Австраліи, на почвѣ чистѣйше-капиталистическаго строя экономическихъ отношеній, этотъ типъ завоевалъ себѣ обширную колоніальную территорію, а теперь пробиваетъ путь и въ законодательство 2-хъ европейскихъ метрополій: Англіи и Франціи. Родоначальникомъ его и виднѣйшимъ представителемъ является Актъ Торренса. Въ такомъ историческомъ порядкѣ я и буду излагать эти три направленія правовой идеи.

ОТДѢЛЪ I.

Французскій типъ.

ГЛАВА I.

Эпоха великой французской революціи.

Подобно другимъ областямъ права, а можетъ быть и больше, чѣмъ въ другихъ областямъ права, французская революція была въ области изслѣдуемаго нами права, регулирующаго вотчинный оборотъ и реальный кредитъ, эпохой усиленой законодательной дѣятельности. Это и понятно: революціонное правительство не только сводило счетъ съ феодальной системой, но и испытывало страшную нужду въ деньгахъ, для устраненія которой оно, между прочимъ, и пыталось монетизировать не только государственныя владѣнія, но и частныя. Не говорю уже о томъ, что оно хорошо понимало и общее значеніе правильнаго ипотечнаго режима для развивающагося ипотечнаго оборота. Наконецъ, кромѣ спеціальнаго вниманія, ему удѣлявшагося, вопросъ объ ипотечномъ режимѣ обсуждался и какъ часть цѣлаго: революція пыталась измѣнить основы гражданской жизни французскаго народа, а для этого она пыталась установить и новыя правовыя основы гражданскихъ отношеній, и право ипотеки обсуждалось и разрабатывалось во время революціи какъ институтъ гражданскаго уложенія. И вотъ каждая фаза революціи оставляетъ намъ что-нибудь изъ мѣръ, направленныхъ на урегулированіе ипотечнаго оборота. И каждая изъ этихъ мѣръ носитъ отпечатокъ фазы, ее породившей, и падаетъ, вмѣстѣ съ паденіемъ послѣдней, уступая мѣсто новымъ и новымъ планамъ, смѣняющимся вмѣстѣ со смѣной революціоннаго государственнаго строя. Но лишь кое-что отъ этой горячечной работы остается въ наслѣдство Наполеонову кодексу.

§ 59. Конституанта.

Первая фаза революціи характеризовалась общей умѣренностью и частичнымъ воздѣйствіемъ на строй отношеній, сложившійся вѣками во Франціи. Эта же черта характеризуетъ и мѣры, принятыя въ области урегулированія ипотечнаго режима.

Послѣ того, какъ были отмѣнены феодальныя отношенія въ декретѣ 4 авг. 1789 г. и другихъ, слѣдовавшихъ за нимъ, декретахъ, является мысль о пересозданіи и вотчинно-ипотечнаго режима. Но эта мысль проводится лишь путемъ частичныхъ мѣръ, направленныхъ на наиболѣе необходимыя исправленія старой системы въ духѣ новаго времени.

1. Такъ, декретъ отъ 20—27 сент. 1790 г. [1]) намѣчаетъ въ видѣ временной мѣры ипотечную систему для странъ обычнаго права, гдѣ дѣйствовала еще феодальная система nantissement въ ея разновидностяхъ, став-

---

[1]) См. Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglements et avis du conseil d'état, par Duvergier. Paris 1824, т. I, стр. 426.

шая теперь ненавистной за свое феодальное происхожденіе. Впрочемъ, декретъ, повидимому, не посягаетъ на правовую сущность института, онъ лишь замѣняетъ феодальную форму простой транскрипціей акта сдѣлки, устанавливающей ипотеку или передающей собственность, въ реэстръ [1]). Тамъ же, гдѣ привился эдиктъ 1771 г., онъ остается въ силѣ. Осуществленіе временной мѣры ввѣряется секретарямъ дистриктныхъ трибуналовъ по мѣсту нахожденія недвижимостей. Регулируется и общій порядокъ ихъ дѣятельности въ роли ипотечныхъ чиновниковъ; устанавливается начало, что всякій гражданинъ получаетъ отъ секретаря безвозмездно свѣдѣнія о содержаніи ипотечныхъ реэстровъ.

2. Въ духѣ времени вносятся поправки и въ прежнее общее право ипотечнаго оборота. Такъ, декретъ 1792 г. [2]) отмѣняетъ привиллегію короля, установленную эдиктомъ 1693 г., на случай очистки ипотекъ, обременяющихъ пріобрѣтенныя королемъ недвижимости. По декрету 1792 г. король, теперь являющійся открыто представителемъ фиска, подчиняется общему праву эдикта 1771 г., наравнѣ со всѣми гражданами, и для очистки указаннаго рода ипотекъ выправляетъ ратификаціонную грамоту, черезъ національнаго коммиссара, въ дистриктномъ трибуналѣ, по мѣсту положенія недвижимости.

3. Реорганизуется и общая нотаріально-крѣпостная система, представлявшая въ то время единственную форму вотчинно-ипотечнаго режима. Система отрѣшается отъ фискальнаго характера и ввѣряется новымъ органамъ, созданнымъ въ связи съ общей реформой судоустройства [3]).

4. Однимъ изъ первыхъ актовъ ассамблеи 1789 г. была посылка въ Comité des impositions многочисленныхъ проектовъ общей реформы ипотечнаго режима, которыми ассамблея была завалена. Комитетъ обратился къ управленію нотаріально-крѣпостной части, реорганизованному декретомъ 5 дек. 1790 г. (Régie de l'enrégistrement) съ требованіемъ сообщить комитету, съ замѣчаніями и мнѣніями управленія, о всѣхъ правительственныхъ мѣрахъ и научныхъ работахъ объ ипотекѣ, вышедшихъ послѣ изданія эдикта 1771 г. Ассамблея-конституанта не имѣла времени обработать матеріалы и направила ихъ въ законодательную ассамблею, которая и поручила заняться ими одной изъ своихъ комиссій. Докладъ былъ уже редактированъ, но санкціи не получилъ, такъ какъ законодательная ассамблея была распущена раньше, чѣмъ могла обсудить его.

Такъ и ограничились труды первыхъ революціонныхъ ассамблей въ области ипотечнаго режима чисто мѣстными и временными мѣрами [4]).

---

[1]) Ср. Besson, 85 стр.
[2]) Collection de Duvergier IV, 513.
[3]) Decret 5—19 дек. 1790 (Duvergier II, 80), 18—27 мая 1791 (eod. II, 446).
[4]) Besson, 83 и слѣд.

§ 60. Національный конвентъ. Законъ 9 messidor an III.

Дѣятельность конвента въ изслѣдуемой нами области организаціи ипотечнаго режима характеризуется уже рѣзко — новаторскими чертами, какъ вообще законодательная дѣятельность этой революціонной фазы. 9 messidor an III (27 іюня 1795 г.) [1]) издается декретъ, предназначенный выполнить давнее обѣщаніе революціоннаго правительства—поставить вотчинно-ипотечный оборотъ на твердую почву. Декретъ содержитъ цѣлый ипотечный уставъ, регулирующій самымъ обстоятельнымъ образомъ ипотечное право не только формальное, но и матеріальное. Уставъ содержитъ 278 артикловъ и заслуженно носитъ названіе Code hypothécaire. Существенное новшество его—это созданіе, на ряду съ прежней римской акцессорной ипотекой,—новой юридической организаціи—ипотеки на самого себя. Новая организація создана въ цѣляхъ мобилизаціи реальнаго кредита, и потому она отличается во всемъ, что касается ея оборотоспособности, отъ старой ипотеки. Между обѣими формами реальнаго кредита предоставляется гражданамъ свободный выборъ. Что-же касается старой ипотеки, то въ регулированіи ея оборота уставъ скомпановалъ, въ общемъ и цѣломъ, старые мотивы, намъ уже извѣстные изъ очерка эдиктовъ 1673 и 1771 г., лишь сведенные въ одинъ уставъ. Кодексъ содержитъ чисто ипотечную систему; отношенія собственности регулируются въ немъ лишь настолько, насколько это нужно для успѣха ипотечнаго оборота. Уставъ характеризуется значительной внѣшней систематичностью, хотя и нельзя сказать того же про внутреннюю принципіальность его предписаній. Наконецъ, изъ постороннихъ источниковъ мы узнаемъ, что, хотя творцы его и замалчивали удѣляемое при созданіи его вниманіе къ прусскому режиму дворянскихъ земельныхъ банковъ, созданныхъ Фридрихомъ В., режиму ипотечнаго устава 1783 г., созданному имъ же, и австрійскому режиму LT., такъ какъ въ ту пору было опасно открыто высказывать, что обновленная Франція съ пользой можетъ приглядѣться къ организаціямъ погрязшихъ въ феодализмѣ нѣмецкихъ странъ, — тѣмъ не менѣе творцы декрета не только приглядывались къ порядкамъ означенныхъ странъ, но чуть-ли не ѣздили туда изучать подъ секретомъ тамошнія ипотечныя организаціи [2]).

I. Ипотечныя установленія [3]). Въ каждомъ дистриктѣ, въ главномъ административно-судебномъ центрѣ его, учреждается бюро храненія ипотекъ, а въ Парижѣ — генеральное бюро храненія ипотекъ. Эти бюро были, какъ и раньше и позднѣе во Франціи, самостоятельными установленіями, отдѣльными отъ судовъ и не имѣвшими свойствъ судебныхъ органовъ.

Дистриктное бюро подраздѣляется на столько отдѣленій, сколько существуетъ въ дистриктѣ нотаріальныхъ бюро для совершенія оффиціальныхъ актовъ сдѣлокъ по закону 5 = 19 Дек. 1790 г. И книги въ бюро храненія

---

[1]) Duvergier VIII, 189—213.

[2]) См. Georges Rondel, la Mobilisation du sol. en France Paris 1888, гл. 2, § 2.

[3]) Гл. IX и X, arts. 228—254. Также Georges Rondel, La mobilisatiou du sol en France, стр. 124—125, Besson, 86 и слѣд.

ипотекъ ведутся отдѣльно для каждаго изъ нотаріально-крѣпостныхъ округовъ и никоимъ образомъ не соединяются и не смѣшиваются.

Личный составъ мѣстныхъ (дистриктныхъ) бюро храненія ипотекъ образуютъ: 1) хранитель ипотекъ (conservateur des hyp.), который одинъ только и подписываетъ ипотечныя свидѣтельства (cédules hypthècaires, см. ниже) для всѣхъ округовъ дистрикта; 2) необходимое число подчиненныхъ хранителю агентовъ для одного или нѣсколькихъ смежныхъ округовъ, сообразно условіямъ и потребности. Хранитель сносится съ генеральнымъ хранителемъ въ Парижѣ и состоитъ подъ его надзоромъ.

Генеральное бюро храненія ипотекъ въ Парижѣ состоитъ подъ управленіемъ генеральнаго хранителя, назначаемаго законодательнымъ корпусомъ наравнѣ съ членами директоріи, ни отъ какого министерства не зависящаго и по рангу стоящаго выше министровъ. Правительство имѣетъ надъ нимъ право надзора.

Правильность дѣйствій этихъ установленій санкціонируется какъ дисциплинарной отвѣтственностью чиновниковъ, такъ и имущественной — передъ потерпѣвшими гражданами.

Въ первую очередь отвѣчаютъ хранители дистриктныхъ бюро. Отвѣчая за все, происходящее въ ихъ бюро, они имѣютъ регрессивный искъ противъ подчиненныхъ имъ агентовъ. Субсидіарно, именно въ случаѣ недостаточности имущества дистриктныхъ хранителей, отвѣчаетъ генеральный хранитель. Въ этихъ цѣляхъ какъ мѣстные такъ и генеральный хранители, при вступленіи въ должность, представляютъ cautio въ видѣ ипотекъ на свободныя отъ ипотекъ недвижимости.

II. Ипотечныя книги [1]. Въ очерченныхъ дистриктныхъ бюро ведутся для каждаго нотаріально-крѣпостного округа по восьми реэстровъ: 1) реэстръ поземельныхъ декларацій и протоколовъ экспертизы; 2) реэстръ для актовъ отчужденія недвижимости, добровольнаго и принудительнаго, и для отмѣтокъ о ревиндикаціи собственности; 3) хронологическій реэстръ для записи ипотечныхъ требованій, требованій ипотечныхъ свидѣтельствъ изъ бюро (cédules hyp.) и выдачи послѣднихъ; 4) реэстръ для записи цессій ипотечныхъ требованій и оппозицій цессіонаріевъ; 5) реэстръ погашеній ипотечныхъ требованій и ипот. свидѣтельствъ. 6) Главная ипотечная книга (le livre de raison des hypothèques), состоящая изъ 2-хъ частей: I часть представляетъ экстрактивное изложеніе двухъ первыхъ реэстровъ, II часть содержитъ тоже экстрактивное изложеніе 3-хъ слѣдующихъ реэстровъ. 7) Алфавитный указатель къ главной ипотечной книгѣ. 8) Реэстръ исходящихъ актовъ, содержащихъ извлеченія изъ ипотечныхъ книгъ, и—записи пошлинъ.

Такимъ образомъ законъ дѣлаетъ многое для приданія обозримости своимъ ипотечнымъ книгамъ, спеціализируя ихъ по округамъ и правоотношеніямъ и снабжая ихъ алфавитнымъ указателемъ и экстрактомъ. Декретъ кое-что дѣлаетъ и для предметной системы веденія книгъ, полагая въ основу сдѣлокъ

---

[1] Art. 223—228.

о недвижимостяхъ поземельныя деклараціи, представляющія описаніе недвижимостей (ниже) [1]). Но почему же было-бы не соединить всѣ данныя въ табеллярной формѣ, какъ это практиковалось въ другихъ странахъ, и почему бы не установить исключительно-предметную систему веденія книги, вмѣсто смѣшанной? Отвѣтъ на вопросъ мы встрѣтимъ позднѣе такой: предметная система (по имѣньямъ) напоминала французамъ унизительный феодальный строй, гдѣ лицо было прикрѣплено къ землѣ; Франція же выдвигаетъ личность на первый планъ, потому и система книгъ должна быть личной [2]). Черезъ сто лѣтъ французы стали разсуждать иначе.

Декретъ строжайше предписываетъ тщательность и аккуратность изготовленія, веденія и храненія всѣхъ этихъ книгъ. Въ духѣ времени и учрежденія провозглашается начало внѣшняго публицитета всѣхъ 8 реэстровъ. Всѣ они публичны и открыты для осмотра всѣмъ гражданамъ; требуются только мѣры предосторожности, да пошлины въ пользу чиновника, присутствующаго во время обзора реэстровъ публикой. Но акты, относящіеся до ипотечнаго дѣла, не обязательно публичны, хотя допускается выдача съ нихъ копій за пошлину.

Отличительной чертою французскаго права всегда служило начало, что недвижимости привлекаются къ режиму лишь по мѣрѣ вступленія ихъ въ ипотечный оборотъ. Единовременной и принудительной мѣры подчиненія режиму всѣхъ недвижимостей во Франціи никогда не встрѣчалось. Такой мѣры не знаетъ и декретъ 9 mess. [3]).

Эта ипотечная система и является основой ипотечнаго оборота.

III. Возникновеніе ипотеки. Уже въ моментѣ возникновенія ипотеки выражается рѣзкое различіе прежней, простой ипотеки и ипотеки на самого себя.

1. Простая ипотека возникаетъ путемъ записи въ ипотечный реэстръ титула ипотеки [4]).

а) Титулами ипотеки служатъ, по закону 9 mess., только договоръ и судебное рѣшеніе. Законныя ипотеки открыто исключаются [5]), что характеризуетъ законъ 9 mess. какъ чисто революціонное законодательство. Договорныя ипотеки сопровождаютъ, по прежнему, всякое обязательство имущественнаго характера, облеченное въ форму автентическаго акта [6]); попрежнему, она генеральная, такъ что кредиторъ въ правѣ на основаніи обязательственнаго автентическаго акта потребовать записи ипотеки на все иму-

---

[1]) Besson, 96 стр.

[2]) Такъ разсуждали въ государственномъ совѣтѣ при обсужденіи ипотечнаго режима Наполеонова кодекса. См. у Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris MDCCCXXVII, т. 15 въ разныхъ мѣстахъ.

[3]) А между тѣмъ единовременное подчиненіе всѣхъ недвижимостей ипотечному режиму имѣетъ большое преимущество, такъ какъ при немъ легче избѣгнуть опасности многократнаго подчиненія ипотечному режиму одного участка подъ разными наименованіями.

[4]) Art. 3 и 19 п. 2.

[5]) Art. 17: „il n'y a plus d'hypothéque tacite“.

[6]) Art. 17 и 13.

щество должника и не только наличное, но и въ будущемъ имѣющее поступить въ его распоряженіе [1]).

Судебныя ипотеки законъ знаетъ 2-хъ видовъ: 1) ипотеки, покоющіяся на судебномъ приговорѣ, и 2) ипотеки, покоющіяся на судебномъ признаніи частнаго акта обязательства [2]). Судебная ипотека также генеральная [3]). И тутъ законъ вѣренъ французскимъ традиціямъ.

в) Но одного титула теперь уже не достаточно для возникновенія ипотеки; ипотека возникаетъ только путемъ записи титула въ книгу; эта запись и завершаетъ окончательно установленіе ипотеки [4]). При записи генеральная ипотека все же остается генеральной.

Записанная ипотека поражаетъ всѣ недвижимости должника, лежащія въ округѣ, гдѣ совершена запись, и не только наличныя, но и имѣющія въ будущемъ принадлежать должнику [5]). Специалитетъ объекта, декретъ знаетъ лишь крайне относительный: всѣ имѣнія, расположенныя въ одномъ дистриктѣ, настоящія и будущія, поражаются ипотекой въ силу одной записи; и только для имѣній, расположенныхъ въ разныхъ дистриктахъ, требуется столько записей, сколько дистриктовъ.

Запись совершается по требованію кредитора, имѣющаго автентическій актъ, содержащій титулъ ипотеки [6]). Уже, совершая этотъ актъ, должникъ подвергаетъ себя ипотекѣ, и его согласіе на запись ипотеки въ книгу не требуется ни въ какой формѣ. Но должникъ привлекается къ своеобразному участію при записи ипотеки, именно къ совершенію поземельной декларацiи (declaration fonciére des biens) [7]); эта декларація представляетъ родъ кадастра, или описанія недвижимостей, крайне элементарнаго и общаго. Должникъ совершаетъ такую декларацію отдѣльно для недвижимостей, ему принадлежащихъ и расположенныхъ на территоріи отдѣльной общины; но декларацiи должны быть совершены обо всѣхъ недвижимостяхъ, расположенныхъ въ округѣ вѣдомства бюро храненія ипотекъ, въ которомъ состоялась запись ипотеки; декларація совершается по установленной формѣ. Лишь въ такой мало значащей формѣ декретъ и дѣлаетъ шагъ къ специалитету субъекта ипотеки. Собственникъ выполняетъ обязанность совершенія декларацiи по требованію кредитора, подъ страхомъ навлечь на себя невыгодныя послѣдствія въ случаѣ несовершенія декларацiи; именно, противъ собственника, не совершившаго декларацiи въ теченіе 1 мѣс., кредиторъ можетъ приступить немедленно ко

---

[1]) Art. 19, 25—31.

[2]) Art. 10.

[3]) Art. 17 и 19.

[4]) Art. 19 п. 2: „... l'hypothéque n'est acquise définitivement que par la formalité de l'inscription...“

[5]) Fod.

[6]) Art. 20. Тамъ же и производство: кредиторъ предъявляетъ 2 экземпляра выписи изъ нотаріальнаго бюро, гдѣ хранится подлинный актъ сдѣлки, содержащихъ опись кредитовъ (bordereaux). Одна выпись, съ отмѣткой о записи требованій въ ипотечную книгу, возвращается кредитору. Никакого легалитета декретъ не знаетъ.

[7]) Art. 32, 35 и особый законъ отъ того же 9 mess. an 3 (Duvergier VIII, 214).

взысканію долга. Если изъ деклараціи окажется, что имущества недостаточно на обезпеченіе долга, и должникъ не имѣетъ предложить дополнительнаго обезпеченія, кредиторъ въ правѣ немедленно приступить ко взысканію необезпеченной доли долга. Но кредиторъ можетъ и отказаться отъ права взысканія въ обоихъ случаяхъ [1]).

Съ другой стороны и должникъ въ правѣ требовать судебнымъ порядкомъ освобожденія нѣкоторыхъ своихъ недвижимостей отъ ипотечнаго бремени, если докажетъ, что кредиторъ достаточно обезпеченъ ипотекой на прочія недвижимости его. Достаточной признается обезпеченность тогда, когда капитальная цѣна обремененныхъ недвижимостей превышаетъ на $^1/_4$ сумму обезпечиваемаго долга [2]).

Запись должна быть совершена въ теченіе 1 мѣсяца со дня возникновенія титула. И тогда записанная ипотека датируетъ съ момента совершенія ипотечнаго акта или произнесенія судебнаго приговора. Иначе ипотека датируетъ со дня совершенія записи [3]).

Запись и ипотечная книга снабжены по декрету fides publica; всякій пріобрѣтатель ипотеки, довѣрившійся книгѣ, защищается въ своемъ правѣ противъ ревиндикацій недвижимости со стороны истиннаго собственника, разъ только изъ книги не было ясно, что право собственности установителя ипотеки оспаривается. Такимъ образомъ, книга въ отношеніи ипотечнаго оборота легитимируетъ книжнаго собственника на распоряженія недвижимостью. Пока въ книгѣ не указано, что имѣніе уже перешло къ другому собственнику, дѣйствія книжнаго собственника обязательны для матеріальнаго собственника [4]). Декретъ не различаетъ даже добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго 3-го пріобрѣтателя ипотеки. Но защиты 3-го пріобрѣтателя ипотеки противъ возраженій о порочности ипотеки изъ матеріальнаго отношенія послѣдней декретъ не устанавливаетъ.

Декретъ знаетъ и спеціалитетъ суммы ипотечнаго требованія и требуетъ спеціалитета съ такой настойчивостью, что автентическій актъ ипотеки, не указывающій точной суммы требованія, не служитъ и титуломъ ипотеки [5]).

Въ заключеніе скажемъ, что декретъ не допускаетъ записи ипотеки противъ сингулярнаго преемника должника [6]), что вполнѣ понятно, такъ какъ договоръ ипотеки еще не устанавливаетъ вещнаго права, которое было бы дѣйствительно противъ всякаго владѣльца недвижимости.

2. *Ипотека* на самого себя возникаетъ въ гораздо болѣе сложномъ процессѣ, чѣмъ простая ипотека, что объясняется особенно острымъ характеромъ ея. Ипотека на самого себя можетъ возникнуть исключительно только

---

1) Art. 32, 33, 34, 35.

2) Art. 30. Подробности, art. 29 и др.

3) Art. 22.

4) Art. 95: „les hypothéques inscrites et les cédules requises avant ladite notification (отмѣтки о ревиндикаціи) ont leur pleine et entiére execution sur la chose hypothéquée, sauf le recours du propriétaire contre celui qui les avait consenties; art. 96 и 106.

5) Art. 16.

6) 27, 28.

по волѣ самого собственника; она можетъ быть только „добровольной", но не „принудительной", какъ выражается декретъ; она предназначается исключительно для цѣлей развитія реальнаго кредита и ни для какихъ другихъ цѣлей [1]). Возникаетъ она путемъ выправленія собственникомъ недвижимости особаго ипотечнаго свидѣтельства (cédules hypothécaires), имѣющаго точно опредѣленную табеллярную форму [2]).

Всякій гражданинъ, желающій выправить ипотечное свидѣтельство на свою недвижимость (cédule hyp.), обязуется предварительно, если уже раньше не сдѣлалъ этого, представить, въ установленной другимъ закономъ отъ того же 9 mess. an. III формѣ, поземельную декларацію подлежащихъ обремененію ипотекой недвижимостей и оправдать ее передъ хранителемъ ипотекъ,— и не можетъ воспользоваться для этого декларацiей, представленной предшественникомъ его по праву; все это—подъ страхомъ недѣйствительности акта реквизиціи и ипотечнаго свидѣтельства; хранитель, въ свою очередь, отвѣчаетъ за точность выполненія указанныхъ предписаній декрета [3]).

Просьба о выдачѣ ипотечнаго свидѣтельства, представляющая собою абстрактное одностороннее волеизъявленіе собственника, направляется къ хранителю ипотекъ. Послѣдній, прежде выдачи ипотечныхъ свидѣтельствъ, направляетъ ихъ для зарегистраціи въ нотаріально-крѣпостное бюро (bureau de la perception des droits d'enrégistrements), существующее въ центральномъ мѣстѣ дистрикта (согласно закону 5—19 дек. 1790 г.),—т. е. бюро, гдѣ изготовляются всѣ автентическіе акты, служащіе титулами ипотекъ простыхъ [4]).

Для большей обезпеченности кредиторовъ, безъ которой ипотека на самого себя не имѣла бы значенія для оборота, декретъ устанавливаетъ высшій предѣлъ задолженности имѣній при этой ипотекѣ, именно $^3/_4$ цѣны имѣній „капитальной или продажной", включая и сумму ипотекъ, уже существующихъ на имѣньяхъ. Хранитель ипотекъ, управомоченный на выдачу ипотечныхъ свидѣтельствъ, является поручителемъ (garant) за капитальную сумму долга, значащагося въ ипотечномъ свидѣтельствѣ, и за размѣръ ипотечныхъ кредитовъ, предшествующихъ выправкѣ свидѣтельства [5]).

Въ виду такой отвѣтственности хранителя ипотекъ и въ виду общей надежности ипотеки на самого себя, декретъ дѣлаетъ даже отступленіе отъ традицій французскаго права и вооружаетъ хранителя ипотекъ извѣстнаго рода легалитетомъ, не встрѣчающимся при установленіи простой ипотеки. Чтобы дать хранителю ипотекъ возможность судить о правѣ собственности просителя и цѣнѣ недвижимостей его, проситель обязуется сообщить хранителю немедленно же и подъ роспиской (sous récépissé): 1) точныя свѣдѣнія о ти-

---

1) Art. 36.
2) У Duvergier, VIII, стр. 193.
3) Art. 38.
4) Art. 39. Мелкія подробности въ art. 40—42.
5) Art. 36.

тулахъ собственности на обременяемыя недвижимости, о вещныхъ правахъ на недвижимости, о послѣднихъ протоколахъ оцѣнки или экспертизы недвижимостей и другихъ документахъ, служащихъ базой поземельной декларации; 2) извлеченія изъ кадастровыхъ книгъ поземельнаго налога (rôle de la contribution foncière), относящіяся до недвижимостей просителя и доказывающія величину котизаціи недвижимостей по налоговымъ отношеніямъ за текущій и предшествующій годы [1]). Эти данныя предъявляются передъ открытіемъ экспертизы недвижимостей, если послѣдняя необходима, иначе же—во время выдачи ипотечнаго свидѣтельства [2]). Но хранитель ипотекъ можетъ и не ограничиться этими данными и можетъ привлечь не только данныя, служащія теперь дѣлу взиманія пошлинъ въ нотаріально-крѣпостныхъ установленіяхъ, но и данныя, накопившіяся въ до-революціонныхъ установленіяхъ, служившихъ тѣмъ же задачамъ [3]).

Въ теченіе 10 дней отъ реквизиціи ипотечныхъ свидѣтельствъ, хранитель, составивъ свое представленіе о цѣнности имѣній и свойствахъ ихъ, обязанъ письменно объявить просителю, не желаетъ ли онъ оспаривать поземельную декларацію въ ея исправленномъ видѣ, и, если желаетъ, почему [4]).

Если изъ представленныхъ просителемъ данныхъ о принадлежности просителю права собственности на недвижимости хранитель усмотритъ, что данныхъ не достаточно для доказательства права собственности просителя, вопросъ о выдачѣ ипотечныхъ свидѣтельствъ остается открытымъ. Тогда проситель благоволитъ представить удостовѣреніе отъ муниципальнаго правленія (corps municipal) по мѣсту нахожденія недвижимостей въ томъ, что проситель оффиціально считается за собственника недвижимости; или же проситель долженъ дать cautio въ ипотекахъ, въ размѣрѣ капитальной цѣны имѣній, принадлежность которыхъ ему подвержена сомнѣнію. Иначе свидѣтельство не выдается до разрѣшенія сомнительнаго вопроса дистриктнымъ трибуналомъ [5]).

Съ другой стороны, если хранитель ипотекъ найдетъ, что цѣна имѣній, какъ она указана въ поземельной деклараціи просителя, преувеличена, онъ предпринимаетъ оцѣнку имѣнья черезъ экспертовъ, своими заботами [6]).

Будетъ ли предпринята экспертиза или не будетъ,—все равно ипотечное свидѣтельство не можетъ быть выдано хранителемъ ипотекъ ранѣе 1 мѣсяца со дня поступленія къ хранителю ипотекъ просьбы о выдачѣ его,

---

[1]) Art. 43.
[2]) Art. 44.
[3]) Art. 45.
[4]) Art. 46.
[5]) Art. 47.
[6]) Art. 48. Экспертизой декретъ много занимается; указываетъ принципы ея; эксперты опредѣляютъ цѣну недвижимости не на основаніи существующей арендной платы и послѣдней продажной цѣны, а на основаніи той, какую можно установить за недвижимость въ принципѣ (art. 49). Порядокъ назначенія экспертовъ, производства экспертизы, рапорты экспертовъ тщательно регулируются (50 и 77).

подъ страхомъ отвѣтственности [1]). Смыслъ этого предписанія заключается въ томъ, что ипотечное свидѣтельство даетъ ипотеку съ момента поступленія просьбы о выдачѣ ипотечнаго свидѣтельства [2]), точно такъ же, какъ простую ипотеку даетъ автентическій актъ обязательства или судебный приговоръ съ момента ихъ совершенія, если послѣдніе предъявлены къ записи въ теченіе 1 мѣсяца. Во избѣжаніе того, что ипотека на самого себя окажется уступающей по старшинству простымъ ипотекамъ или что она вмѣстѣ съ простой ипотекой, старшей по пріоритету, чѣмъ она, превыситъ $^3/_4$ цѣны недвижимостей, и требуется указанный мѣсяцъ выжиданія. И хранитель ипотекъ обязуется наблюдать, чтобы сумма ипотеки на самого себя и простой ипотеки, старшей по пріоритету, не превышали $^3/_4$ цѣны недвижимостей, подъ страхомъ отвѣтственности [3]).

Но, съ другой стороны, испрошенное ипотечное свидѣтельство должно быть взято собственникомъ въ теченіе 10 лѣтъ со дня предъявленія просьбы, иначе требуется новое производство и прошеніе [4]).

Ипотечныя свидѣтельства выдаются на сроки и въ coupures, опредѣляемыхъ просителемъ [5]). Срокъ не можетъ превышать 10 лѣтъ [6]). Тотчасъ, какъ ипотечное свидѣтельство вручено просителю, послѣдній получаетъ свободное распоряженіе имъ [7]). Ипотечное свидѣтельство представляетъ собою абстрактный, формальный односторонній актъ, содержащій обязательство собственника обремененной ипотекой недвижимости — уплатить изъ поименованной въ актѣ цѣны недвижимости въ пользу держателя акта указанную въ актѣ денежную сумму)[8]. Имя держателя въ самомъ свидѣтельствѣ не указывается, но оно обозначается въ бланковомъ индоссаментѣ, на спинѣ свидѣтельства. Свидѣтельство есть носитель права. Пока оно не выдано собственнику на руки, послѣднему нечѣмъ и распорядиться. И въ реэстръ вносится отмѣтка „о выпускѣ ипотечнаго свидѣтельства“ [9]).

Ипотека на самого себя специализируется не только въ отношеніи суммы требованія, но и въ отношеніи предмета. Поражаемыя ею недвижимости перечисляются съ точностью въ ипотечномъ свидѣтельствѣ [10]). Однако, спеціализація имѣній и тутъ относительная. Долгъ не поражаетъ лишь будущихъ имѣній, да непоименованныхъ въ свидѣтельствѣ. Но онъ нераздѣльно и во всей своей цѣлости падаетъ на всѣ поименованныя имѣнья, въ ихъ

---

[1]) Art. 78.

[2]) Art. 79.

[3]) Art. 80.

[4]) Art. 217 п. 2.

[5]) Art. 81.

[6]) Art. 36 п. 1.

[7]) Art. 83 init.

[8]) Cédule Hyp. гласитъ: „... Je... m'oblige de payer, à ce domicile, sur la valeur de mes biens territoriaux, à l'ordre du citoyen dénommé au dos, la somme de“... Полный образчикъ ипотечнаго свидѣтельства отпечатанъ у Duvergier, VIII 193 стр.

[9]) Art. 82.

[10]) Art. 36 п. I art. 16.

совокупности. Получается, въ концѣ-концовъ, та же генеральная ипотека или, въ лучшемъ случаѣ, солидарная, но не специальная.

Внутренній публицитетъ записи такой ипотеки уже указанъ выше. Такъ, во всѣ времена цѣль обезпеченія живого ипотечнаго оборота преслѣдовалась сходными между собою правовыми ипотечными организаціями.

IV. Предметъ ипотеки составляютъ по декрету только недвижимости— реальныя и идеальныя [1]).

V. Лица, способныя установить ипотеку на самого себя,—это всѣ дѣеспособные граждане; лица, на недвижимости которыхъ можетъ быть установлена простая ипотека,—это всѣ граждане [2]).

VI. Правоотношеніе ипотеки. Декретъ опредѣляетъ ипотеку какъ вещное право на недвижимости обязаннаго лица, предоставленное кредитору въ обезпеченіе обязательствъ, заключенныхъ съ должникомъ [3]) и сводящееся въ концѣ-концовъ къ полномочію неудовлетвореннаго по личному требованію кредитора,—требовать въ судебномъ порядкѣ отчужденія заложенной недвижимости, въ чьихъ бы рукахъ послѣдняя ни находилась, съ цѣлью извлеченія этимъ путемъ цѣны недвижимости на покрытіе личнаго требованія [4]). Но мало этого. Ипотека, по мысли декрета, стоитъ въ отношеніи личнаго обязательства болѣе, чѣмъ въ положеніи акцессорія къ личному требованію; она является всегдашнимъ и невольнымъ спутникомъ всякаго личнаго обязательства, облеченнаго въ автентическую форму. Всякій, вступающій въ обязательство такого рода, eo ipso навлекаетъ генеральную ипотеку на свои недвижимости, при соблюденіи закономъ установленной инскрипціи. Тутъ декретъ вѣренъ дореволюціонному правообразованію. И это опредѣленіе декретъ относитъ одинаково къ обѣимъ ипотекамъ. Однако, если это опредѣленіе еще можно принять для простой ипотеки, которая, по декрету, защищается fides publica ипотечной книги, повидимому, только противъ послѣдствій эвикціи, а не пороковъ личнаго требованія, ею обезпечиваемаго [5]),—то это опредѣленіе уже совершенно неправильно для ипотеки на самого себя. Послѣдняя характеризуется всецѣло чертами самостоятельнаго реальнаго бремени на недвижимость, не связаннаго при возникновеніи своемъ даже наличностью личнаго требованія [6]), а въ циркуляціи не подверженнаго уже вовсе никакимъ возраженіямъ, слѣдовательно и возраженіямъ изъ личнаго требованія [7]) (котораго тутъ и нѣтъ). Съ другой же стороны, если полагаться на букву ипотечнаго свидѣтельства и закона, предписавшаго формулу свидѣ-

---

[1]) Art. 5—6.

[2]) Art. 8—12.

[3]) Art. 2.

[4]) Art. 4.

[5]) Art. 95 косвенно.

[6]) „... Je... m'oblige de payer... *sur la valeur de mes biens territoriaux*"... гласитъ ипотечное свидѣтельство.

[7]) Art. 83: „leur circulation (des cédules h.) ne peut être arrêtée entre les mains du possesseur, par aucune opposition principale ou en sous-ordre".

тельства, то уже для декрета 9 mess. мы получимъ то строеніе современной ипотеки, которое позднѣе выдвигалось восторженными германистами, какъ существенно отличное отъ строенія римской ипотеки; именно, по декрету 9 mess., сказали бы восторженные германисты, ипотека на самого себя имѣетъ на сторонѣ ипотечнаго должника, собственника обремененной недвижимости, обязанность къ положительному дѣйствію, къ уплатѣ долга („je... m'oblige de payer"...), въ противоположность римской ипотекѣ, гдѣ собственникъ обремененной ипотекой недвижимости обязывался лишь терпѣть воздѣйствіе кредитора на заложенную вещь. Указанная обязанность къ положительному дѣйствію, далѣе, существуетъ въ силу обладанія обремененной недвижимостью; отсюда, по выраженію восторженныхъ германистовъ эпохи повышеннаго національнаго настроенія, современная ипотека, въ томъ числѣ и ипотека декрета 9 mess., есть Réalobligation, гдѣ личность должника опредѣляется обладаніемъ обремененной недвижимости и возникаетъ и падаетъ съ этимъ обладаніемъ. Наконецъ, какъ увидимъ ниже, самое осуществленіе современной ипотеки, въ томъ числѣ и ипотеки декрета 9 mess., происходитъ не по-римски, а по-германски, и даже какъ будто сходно съ осуществленіемъ долговыхъ требованій, именно оно происходитъ не въ порядкѣ непосредственнаго воздѣйствія кредитора на заложенную вещь, а какъ будто въ порядкѣ осужденія собственника заложенной недвижимости къ уплатѣ долга, подъ угрозой — направленія взысканія на заложенный предметъ въ порядкѣ общей экзекуціи. Различие осуществленія ипотеки и иного долговаго требованія будетъ состоять тогда лишь въ томъ, что тутъ экзекуція направляется на все имущество должника, а тамъ она ограничивается только заложенной недвижимостью по той причинѣ, что должникъ отвѣчаетъ только этимъ предметомъ и въ качествѣ собственника этого предмета [1]).

Констатированіемъ чертъ современной ипотеки и, притомъ, самостоятельной ипотеки въ строеніи ипотеки на самого себя, извѣстной декрету 9 mess., я пока и ограничусь, оставляя болѣе точный разборъ ученія до позднѣйшаго времени, когда наберется больше матеріала для провѣрки германистической конструкціи ипотеки. Здѣсь же, подводя итоги только-что сказанному, замѣчу, что, согласно декрету 9 mess., ипотека во всякомъ случаѣ будетъ вещнымъ бременемъ на недвижимость, въ силу котораго изъ недвижимости извлекается цѣнность въ пользу управомоченнаго; но въ одномъ случаѣ, именно при ипотекѣ на самого себя, это бремя не примыкаетъ уже рѣшительно ни къ какому личному требованію и является самостоятельнымъ, тогда какъ въ другомъ случаѣ, именно при простой ипотекѣ, оно примыкаетъ къ внѣ его стоящему личному требованію, которому, по мысли закона, оно и служитъ обезпеченіемъ.

---

[1]) См. Meibom, Das Mecl., HR. § 4, Regelsberger, Das Bayr. HR. § 10, Dernburg Das Preuss. HR. § 35, Sohm въ Grünhuts-Zeitschr. V стр. I и с. По своему того же мнѣнія держится и Кассо. Понятіе залога въ современномъ правѣ.

VII. *Порядокъ ипотекъ*, или пріоритетъ ихъ опредѣляется: для простыхъ ипотекъ, своевременно записанныхъ, моментомъ возникновенія титула, для ипотекъ на самого себя—моментомъ подачи прошенія о выдачѣ ипотечнаго свидѣтельства; для несвоевременно предъявленныхъ простымъ ипотекъ—моментомъ записи ихъ въ ипотечный реэстръ [1]). Декретъ не допускаетъ никакихъ привиллегій и молчаливыхъ ипотекъ и дѣлаетъ исключеніе только для поземельнаго налога за текущій и одинъ истекшій годъ и для права собственика недвижимости на арендную плату [2]). Такое ограниченіе даже привиллегій и полное исключеніе легальныхъ ипотекъ является крайне благопріятной мѣрой для развитія реальнаго кредита и, въ свою очередь, характеризуетъ декретъ 9 mess., какъ рѣзко новаторскій или революціонный памятникъ.

VIII. *Уступка ипотечныхъ кредитовъ* регулируется на существенно различныхъ началахъ для ипотеки простой и для ипотеки на самого себя.

1. Простая ипотека уступается по цессіи, облеченной въ автентическую форму [3]). Но этотъ автентическій актъ цессіи является только титуломъ; цессіонарій этимъ еще не становится „собственникомъ" ипотечнаго требованія и не можетъ осуществить ипотеку; онъ долженъ еще зарегистровать титулъ въ ипотечномъ бюро, гдѣ была совершена запись самаго права ипотеки [4]). Иначе, цедентъ легитимируется на распоряженіе ипотекой, и всякое освобожденіе должника или пріобрѣтателя заложенной недвижимости отъ ипотечнаго бремени, предшествующее предъявленію цессіи къ записи, имѣетъ силу [5]).

2. Совсѣмъ иначе дѣло обстоитъ съ уступкой ипотечныхъ свидѣтельствъ. Ни цессія въ автентической формѣ, ни запись цессіи въ ипотечную книгу тутъ основательно не требуются, какъ мѣры волокитныя и несогласныя съ духомъ мобилизаціоннаго института. Само ипотечное свидѣтельство воплощаетъ ипотечное право, какъ вексель воплощаетъ личное требованіе. И ипотечное свидѣтельство, какъ вексель, переходитъ изъ рукъ въ руки путемъ простого индоссамента на оборотной сторонѣ акта. И этотъ индоссаментъ—бланковый, а не полный [6]). Самое дѣйствіе индоссамента сходно съ вексельнымъ индоссаментомъ: индоссатъ является не только субъектомъ права [7]), но и самостоятельнымъ субъектомъ, противъ котораго не допускается возраженій изъ лицъ предшественниковъ [8]). Только индоссаментъ ипотечнаго свидѣтель-

---

[1]) Art. 22, 79. При стеченіи нѣсколькихъ ипотекъ, пріобрѣтенныхъ въ одинъ день, часъ дня рѣшаетъ вопросъ о старшинствѣ.

[2]) Art. 24.

[3]) Art. 84.

[4]) Art. 85.

[5]) Eod.

[6]) Art. 83: „...leur circulation, par la voi de l'endossement nominatif à ordre, ne peut être arrêtée entre les mains du possesseur, par aaucune opposition principale ou en sous-ordre", art. 36 п. 2 n⁰ 2⁰: „Cette cédule hypothécaire est transmissible, non point au porteur innommé, mais par la voi de l'endossement à ordre".

[7]) Art. 36 i. f.: „elle (cédule) forme un titre exécutoire contre le citoyen qui l'a souscrite, au profit de celui à l'ordre duquel elle est passée".

[8]) См. цит. art. 83 i. f.

ства подобенъ вексельному индоссаменту „безоборотному", что понятно и логично, такъ какъ ипотечное свидѣтельство нуждается лишь въ быстротѣ и легкости, но не въ усиленіи обезпеченности путемъ привлеченія къ отвѣтственности всѣхъ тѣхъ, черезъ чьи руки оно переходитъ, ибо обезпеченность дана полная въ видѣ права ипотеки, не превышающей $^3/_4$ цѣны обремененной недвижимости, отвѣтственности чиновниковъ за надежность обезпеченія и т. д. Только въ случаѣ подлога допускается регрессивное требованіе къ индоссанту [1]).

3. Въ заключеніе ученія объ уступкѣ ипотеки упомяну вкратцѣ о правѣ ипотеки на ипотеку. Ипотека третируется въ декретѣ, какъ идеальная недвижимость, могущая сама стать объектомъ новой ипотеки. Всякій кредиторъ, имѣющій титулъ генеральной ипотеки на имущество своего должника, получаетъ этимъ ипотечный титулъ и на принадлежащую должнику ипотеку. А чтобы получить на послѣднюю и ипотеку, кредиторъ долженъ совершить оппозицію въ ипотечномъ бюро, гдѣ записана ипотека должника. Дѣйствіе оппозиціи состоитъ въ томъ, что она препятствуетъ должнику получить для себя удовлетвореніе по своей ипотекѣ въ ущербъ своему кредитору. Эта ипотека на ипотеку допускается только при простой ипотекѣ и не допускается при ипотекѣ на самого себя, по вполнѣ понятнымъ причинамъ [2]). Вторая вѣдь воплощается въ ипотечномъ свидѣтельствѣ и уловить послѣднее нельзя, а допустить оппозицію къ ипотечной книгѣ и въ отношеніи этой ипотеки значило-бы убить всю организацію, превративъ мобилизаціонную ипотеку въ простую книжную ипотеку.

IX. *Прекращеніе ипотеки* регулируется опять не одинаково для простой ипотеки и ипотеки на самого себя. Впрочемъ, декретъ и тутъ не вполнѣ продумалъ вводимыя имъ новшества, когда онъ формулировалъ общее начало, что ипотека гаснетъ вмѣстѣ съ личнымъ требованіемъ, обезпеченіе коего составляетъ ея задачу [3]), и перечислилъ нѣсколько лишь матеріальныхъ основаній погашенія личнаго требованія. На основаніи другихъ предписаній декрета вопросъ о прекращеніи ипотеки можно, однако, изложить точнѣе, чѣмъ гласитъ общая формула декрета.

1. Матеріальнымъ основаніемъ для прекращенія простой ипотеки служитъ прекращеніе тѣмъ или инымъ путемъ личнаго требованія или титула самой ипотеки. Нѣкоторые изъ этихъ случаевъ декретъ регулируетъ спеціально, какъ-то: отказъ кредитора отъ ипотеки, уплату долга, новацію и давность. Новація даетъ ипотеку лишь съ момента ея совершенія + 1 мѣсяцъ назадъ; давность опредѣляется мѣстнымъ правомъ, но не можетъ превышать 10 лѣтъ [4]).

---

[1]) Art. 36 п. 2 n⁰ 3: „Il n'y a aucun retour de garantie d'un endossement à l'autre, excepté seulement en cas de faux".

[2]) Tit. 1 гл. III § 1 и 2. Прежняя оппозиція тутъ вырождается въ новую opposition sous-ordre au premier degré ou aux degrès ultérieurs. Art. 86—93 и др.

[3]) Art. 209.

[4]) Art. 210—219.

Но такъ какъ ипотека по декрету возникаетъ окончательно только путемъ записи въ реэстръ, и этотъ реэстръ обладаетъ свойствомъ fides p., то и прекращеніе ипотеки окончательно совершается только записью въ реэстръ погасительной отмѣтки. Погашеніе совершается по требованію собственника обремененныхъ недвижимостей, представившаго для этой цѣли автентическій актъ, доказывающій фактъ матеріальнаго прекращенія ипотеки. Давность погашаетъ ипотеку ipso jure [1]).

2. Ипотека на самого себя воплощена въ ипотечномъ свидѣтельствѣ, и погашеніе ея совершается путемъ погашенія этого свидѣтельства или аннулированія его въ присутствіи хранителя ипотекъ, и только тогда ипотека на самого себя погашается и по книгѣ. Но 10-лѣтняя давность погашаетъ ипотечное свидѣтельство ipso jure, и наступленіе этой давности видно изъ самаго ипотечнаго свидѣтельства [2]). Отсюда возвратившееся ипотечное свидѣтельство собственникъ можетъ снова пустить въ оборотъ и неоднократно, и по разнымъ основаніямъ, какъ вексель или Handveste [3]).

X. Осуществленіе ипотеки въ порядкѣ экзекуціоннаго производства на заложенныя недвижимости въ правѣ декрета характеризуется крайне энергическими чертами, вполнѣ отвѣчающими общей задачѣ декрета—поставить ипотечный оборотъ на твердую почву и въ условія небывалой до тѣхъ поръ обезпеченности. Производство крайне быстрое, внимательное больше къ интересамъ кредитора, чѣмъ должника; декретъ знаетъ только публичную продажу недвижимости и отказывается принципіально отъ ввода во владѣніе кредитора и удовлетворенія его изъ доходовъ недвижимости. Публикаціи совершаются черезъ органы печати. Адъюдикація даетъ пріобрѣтателю неотъемлемое право собственности, свободное отъ какихъ-либо ранѣе не заявленныхъ притязаній и какого-либо права выкупа со стороны должника. Удовлетвореніе кредиторовъ съ простой ипотекой совершается по истеченіи 1 мѣс. со дня принудительнаго отчужденія; удовлетвореніе же по ипотечнымъ свидѣтельствамъ совершается немедленно. Все производство отчужденія ставится въ живую связь съ дѣятельностью ипотечнаго бюро [4]).

XI. *Пріобрѣтеніе собственности и очистка ипотекъ.* Этотъ оригинальный институтъ французскаго права развитъ и въ декретѣ.

Очистка ипотекъ, или очистка недвижимости отъ ипотекъ имѣетъ мѣсто при переходѣ недвижимости, обремененной ипотеками, изъ рукъ ипотечнаго должника въ руки 3-го лица и цѣлится одинаково удовлетворить какъ надежности переходовъ собственности, такъ и интересамъ ипотечныхъ кредиторовъ.

Никакое отчужденіе недвижимости, добровольное или принудительное, между живыми совершонное, на какомъ бы титулѣ оно ни покоилость, не при-

---

[1]) Art 220—221.

[2]) Art. 222, 217.

[3]) Art 222: „Aucune radiation de cédules ne peut être faite dix années de leur date, si elles ne sont rapportées en original au conservateur, biffées et annulées en sa présence“.

[4]) Art 110—208.

знается дѣйствительнымъ, если ему не предшествуетъ поземельная декларація относительно отчуждаемыхъ недвижимостей. Декларація совершается, въ случаѣ добровольнаго отчужденія, отчуждателемъ, а въ случаѣ принудительнаго отчужденія—должникомъ, по формѣ, и представляется въ нотаріально-крѣпостное бюро, компетентное на совершеніе автентическаго акта отчужденія, безъ какового акта отчужденіе тоже ничтожно. Чиновники этихъ бюро, въ свою очередь, обязаны требовать предъявленія поземельной деклараціи, подъ страхомъ личной и имущественной отвѣтственности. Актъ отчужденія содержитъ упомпнаніе о поземельной деклараціи.

Но пріобрѣтатель, въ силу автентическаго акта пріобрѣтенія, можетъ стать неотъемлемымъ собственникомъ лишь при соблюденіи двухъ условій: 1°, онъ долженъ объявить и представить копію съ пріобрѣтательнаго акта въ теченіе 1 мѣс. со дня совершенія таковаго въ каждое ипотечное бюро, въ округѣ котораго находятся пріобрѣтенныя недвижимости; 2° уплатить въ теченіе слѣдующаго мѣсяца всѣ ипотечные долги и ипотечныя свидѣтельства, заключенныя и выпущенныя отчуждателемъ, невзирая на ихъ зрѣлость, разъ только они старше по датѣ, чѣмъ отчужденіе, или, по крайней мѣрѣ, депонировать въ кассѣ дистрикта сумму, способную на удовлетвореніе по всѣмъ имъ, и, сверхъ того, потребовать погашенія всѣхъ ихъ по ипотечной книгѣ [1]). Такимъ образомъ при переходѣ недвижимостей происходитъ ликвидація ипотекъ всякаго рода [2]).

При несоблюденіи предписанія п. 1, ипотеки, установленныя предшественникомъ послѣ отчужденія имъ недвижимости, дѣйствительны и въ отношеніи отчужденныхъ недвижимостей; другими словами, запись пріобрѣтенія собственности имѣетъ значеніе не для самаго пріобрѣтенія, а для легитимаціи пріобрѣтателя на ипотечный (не иной) оборотъ съ имѣньемъ, какъ это свойственно строго ипотечнымъ системамъ. При несоблюденіи п. 2, „пріобрѣтатель не презюмируется въ отношеніи ипотечныхъ кредиторовъ собственникомъ обремененной ихъ ипотеками недвижимости, и кредиторы могутъ, несмотря на актъ пріобрѣтенія и предъявленіе его въ ипотечное бюро, предложить куплю недвижимости 3-му лицу, которое дастъ больше за недвижимость, въ формѣ предписанной для принудительнаго отчужденія“. Срокъ для осуществленія кредиторами такого полномочія не опредѣленъ [3]). Такимъ образомъ, декретъ не отмѣняютъ старый институтъ очистки, а лишь старается приноровить его къ новымъ условіямъ публицитета ипотекъ, и для этого прибѣгаетъ къ фикціи, истинное значеніе которой въ концѣ-концовъ то, что публичная ипотека не вредитъ болѣе пріобрѣтенію собственности и не нуждается въ истинной очисткѣ.

---

[1]) Art. 99—102, 105.

[2]) Art. 103: „Toutes créances hypothécaires deviennent exigibles non obstant les termes accordés ou l'aliénation des capitaux, s'il y a exrropriation volontaire ou forcée des biens qui leur servent d'hypothèque“.

[3]) Art. 106.

XII. *Заключенiе.* Декретъ вовсе не регулируетъ на новыхъ началахъ оборота недвижимостей въ точномъ значенiи слова, но регулируемый имъ ипотечный оборотъ ставится декретомъ, по крайней мѣрѣ въ идеѣ, на твердую почву публицитета, а организацiя ипотеки на собственную вещь своимъ остроумiемъ и смѣлостью могла бы соперничать съ самыми развитыми организацiями реальнаго кредита нашего времени. Всѣ главные недостатки закона заключаются въ томъ, что онъ не всегда послѣдовательно проводитъ новыя начала и что онъ слишкомъ теоретиченъ и слишкомъ рѣзко порываетъ съ правообразованiемъ дореволюцiоннымъ. Революцiонная эпоха была крайне неблагопрiятна для успѣшнаго функцiонированiя такой острой системы. Рѣзкiя колебанiя курса ассигнацiй лишали возможности кредитора ссужать подъ ипотечныя свидѣтельства капиталъ, такъ какъ колебанiя цѣны недвижимостей легко могли опрокинуть всякую обезпеченность ссуды и превратить ипотечное свидѣтельство въ ничего нестоящую бумажку. Съ другой стороны, декретъ связывалъ съ новой ипотекой особыя цѣли финансовой политики; ипотечныя свидѣтельства должны были приниматься въ государственныхъ кассахъ въ обмѣнъ за ассигнацiи, а ипотечныя свидѣтельства на домены должны были и сами служить основой для выпуска новыхъ ассигнацiй и своей обезпеченностью влiять на подъемъ курса ассигнацiй.

Декретъ, такимъ образомъ, цѣлится добиться не только мобилизацiи, но и монетизацiи недвижимостей. И, тѣмъ не менѣе, декретъ уже прививался къ жизни, и въ нѣкоторыхъ областяхъ, особенно въ странахъ coutumes de nantissement, право декрета предпочиталось даже прежнему праву nantissement. Декретъ былъ по идеѣ родственъ правовымъ традицiямъ этихъ странъ. Но въ другихъ областяхъ Францiи декретъ представлялся мудреной и радикальной новинкой, и правительство неоднократно отсрочивало моментъ обязательнаго вступленiя декрета въ дѣйствiе, а въ концѣ-концовъ отсрочило это вступленiе въ дѣйствiе на неопредѣленное время вплоть до ревизiи права декрета. Это было уже при Директорiи [1]).

§ 61. Директорiя. Законъ 11 brumaire an VII.

Опытъ примѣненiя закона 9 mess. an III скорѣе говорилъ въ пользу закона, чѣмъ противъ него. И, тѣмъ не менѣе, съ самаго начала при Директорiи открывается походъ противъ этого закона; противники закона меньше всего опираются на практическiе результаты примѣненiя закона или хотя на болѣе или менѣе основательную его критику, для которой законъ давалъ матерiалъ, а, какъ это часто бываетъ, отправляются отъ самыхъ общихъ соображенiй, опровергнуть которыя такъ же трудно, какъ и доказать, именно въ виду ихъ общности и бездоказательности. Такъ, враги запугивали общество, что законъ усилитъ эмиграцiю, такъ какъ недовольные французскими

---

1) См. Georges Rondel, La mobilisation du sol en France, гл. II § 2 и слѣд. Besson стр. 88—92. См. также законы 26 Frimaire an IV, 19 Ventosee an IV, 19 praeriale an IV, 24 thermidor an IV, 28 vendemaire an V у Duvergier, IX 23, 65, 125, 163, 231.

порядками того времени граждане, желая эмигрировать, получатъ легкую возможность путемъ ипотечныхъ свидѣтельствъ исчерпать всю цѣну своихъ недвижимостей и этимъ путемъ ликвидировать свои дѣла на родинѣ, въ результатѣ чего боялись отлива французскихъ богатствъ за границу; далѣе, они запугивали ужасами мобилизаціи земельной собственности, ажіотажемъ съ недвижимостями, подобнымъ ажіотажу съ движимостями во время дѣятельности Лоу; указывали на то, что система публицитета повредитъ нотаріально-крѣпостной системѣ, такъ какъ отбираетъ отъ нея массу сдѣлокъ. Но, какъ утверждаютъ, за этими громкими открытыми мотивами скрывались и менѣе почтенные внутренніе мотивы разнаго рода. Въ концѣ-концовъ, оппозиція закону восторжествовала, и приступили къ ревизіи закона 9 messidor, результаты которой и дали два закона 11 brumaire an VII. Кстати замѣчу, что вымышленные ужасы мобилизаціи и ажіотажа, которыхъ ожидали отъ примѣненія декрета 9 mess., вовсе и не проявлялись на опытѣ нигдѣ тамъ, гдѣ декретъ примѣнялся; но позднѣе они выдаются уже за непреложный фактъ, якобы имѣвшій дѣйствительно мѣсто при дѣйствіи закона 9 messidor, и запугиваютъ вплоть до нашихъ дней прожектеровъ всѣхъ временъ и народовъ [1]).

I. Законы 11 brumaire an VII (1 ноября 1798 г.) носятъ названіе: 1) Loi sur le régime hypothécaire и 2) Loi sur le régime hyp. et les expropriations forcées [2]). Первый законъ регулируетъ матеріальное право ипотеки, второй—процессуальное осуществленіе ипотеки. Оба вмѣстѣ представляютъ значительную передѣлку декрета 9 messidor, представляя техническій успѣхъ (вмѣстѣ они содержатъ 56+36 artt.). Что касается организаціи ипотеки въ нихъ, то новые законы держатся тутъ большей умѣренности, чѣмъ декретъ 9 messidor. Они не знаютъ 2-хъ видовъ ипотеки, а знаютъ только одинъ ея видъ, и этотъ одинъ видъ по своей организаціи смѣлѣе, чѣмъ организація простой ипотеки въ декретѣ 9 mess., но сдержаннѣе, чѣмъ организація ипотеки на самого себя. Такъ что въ общемъ и цѣломъ законъ 11 brumaire an VII, съ точки зрѣнія условій того времени, практичнѣе, чѣмъ декретъ 9 mess. an III. Наконецъ, законы привлекаютъ къ публицитету и собственность уже ради нея самой и возводятъ транскрипцію, давно установленную въ области, гдѣ отмѣнена nantissement, въ норму общаго французскаго права, чѣмъ и выполняютъ другую половину обѣщанія революціоннаго правительства передъ страною.

II. Ипотечныя установленія удерживаются прежнія, созданныя закономъ 9 mess. [3]). Повидимому, прежніе реэстры тоже удерживаются, какъ равно и правила объ ихъ содержаніи [4]). Начало внѣшняго публицитета значительно ограничивается, им. осмотръ книгъ публикой и даже интерессентами не до-

---

[1]) См., однако, Georges Rondel, цит. соч. о законѣ 9 mess.

[2]) Находятся у Duvergier, XI 16—29; 29—34.

[3]) Art. 55.

[4]) Декретъ предполагаетъ составъ реэстровъ готовымъ, т. I гл. I art. 3. вся гл. 6, весь II т.

пускается, а допускаются лишь выдача копій съ актовъ, записанныхъ въ реэстрѣ, сообщенія чиновника о положеніи недвижимости по реэстрамъ и удостовѣренія его объ отсутствіи записей ипотекъ на данную недвижимость [1]). Подтверждается отвѣтственность чиновника за упущенія, совершаемыя при записяхъ или при выписяхъ и удостовѣреніяхъ [2]). Что же касается внутренняго публицитета реэстровъ, то законъ вноситъ въ прежнее право одно нелѣпое новое начало, что пропускъ въ извлеченіи изъ книги какого-либо изъ записанныхъ въ нее правъ влечетъ освобожденіе пріобрѣтателя отъ пропущеннаго чиновникомъ въ удостовѣреніи правоотношенія; и потерпѣвшій только управомочивается на регрессъ къ хранителю ипотекъ [3]). Такимъ образомъ, извлеченію изъ реэстра придается больше значенія, чѣмъ самому реэстру.

III. Законъ 11 brumaire an VII рѣшительно отвергаетъ радикальный институтъ ипотеки на самого себя. Онъ знаетъ только одинъ видъ ипотеки, исторически сложившійся до революціи, и лишь его приспособляетъ къ новымъ жизненнымъ потребностямъ. Въ частности законъ возстановляетъ и привиллегіи и законныя ипотеки.

IV. *Возникновеніе ипотеки.* Законъ 11 brum. различаетъ, подобно закону 9 mess., титулъ и запись титула ипотеки въ реэстръ.

1. Къ прежнимъ титуламъ, теперь привходитъ, однако, новый—законныя ипотеки [4]). И самые прежніе тутулы регулируются иначе. Автентическій актъ обязательства уже не влечетъ, какъ прежде, генеральную ипотеку; кредиторъ теперь обязывается даже въ этомъ актѣ спеціализировать объектъ ипотеки путемъ перечня недвижимостей должника. Такимъ образомъ, договорная ипотека въ самомъ титулѣ своемъ становится строго спеціальной ипотекой. Отсюда, не допускается по договору и обремененіе могущихъ въ будущемъ принадлежать должнику недвижимостей [5]). Судебная ипотека остается генеральной, но поражаетъ только наличныя недвижимости, а не имѣющія въ будущемъ принадлежать должнику [6]).

Законныя же ипотеки, по прежнему, генеральныя и поражаютъ всѣ недвижимости, которыя теперь принадлежатъ должнику и которыя въ будущемъ имѣютъ ему принадлежать, находящіяся въ округѣ, гдѣ имѣла мѣсто запись ихъ [7]).

Но кредитору дается вообще право путемъ послѣдующихъ записей, не въ ущербъ предшествующимъ ему крецитoрамъ, записывать свою ипотеку и на будущія недвижимости должника, когда таковыя поступятъ въ его собственность [8]).

---

1) Art. 51.
2) Art. 52, 53, 54.
3) Art. 53.
4) Art. 3.
5) Art. 4 п. I.
6) Eod. п. 2.
7) Art. 4 п. 3.
8) Eod. п. 4.

Редукція ипотеки закономъ не регулируется.

Привиллегіи допускаются закономъ 11 brum. вездѣ, гдѣ онѣ признаются матеріальнымъ правомъ [1]).

2. Но дѣйствіе ипотеки и привиллегіи получаютъ лишь съ записью титула въ ипотечную книгу, въ бюро храненія ипотекъ [2]), по мѣсту нахожденія обремененныхъ недвижимостей [3]). По закону VII г. дѣйствіе ипотекъ (не привиллегій) и начинается только съ момента записи; послѣдняя не имѣетъ болѣе обратнаго дѣйствія къ моменту возникновенія титула. Если запись совершена въ разныхъ округахъ въ разное время, то для каждаго округа дѣйствіе ипотеки начинается съ момента записи ея въ бюро этого именно округа [4]).

Производство при записи напоминаетъ прежнее производство декрета. Добивается записи кредиторъ [5]). Должникъ не участвуетъ при этомъ никакъ. Кредиторъ представляетъ подлинный актъ обязательства или вообще титула ипотеки или же извлеченіе изъ таковыхъ, во всѣхъ случаяхъ, кромѣ законной ипотеки, и два бордеро, содержащіе важнѣйшіе моменты сдѣлки, какъ-то: 1°, имя и домицилій кредитора, 2°, тоже—должника, 3°, дату акта, 4°, сумму капитальнаго долга, акцессоріи его (%, неустойку) и срокъ востребованія, 5°, опись свойствъ и положенія недвижимостей (очевидно поземельную декларацію). Послѣдняя опись не требуется, однако, при законныхъ и судебныхъ ипотекахъ, такъ какъ и запись этихъ ипотекъ совершается безъ указанія недвижимостей, подлежащихъ обремененію, т. е. ипотека тутъ не специализируется и при записи [6]). Проситель объявляетъ точную капитальную сумму и тогда, когда онъ записываетъ ренту или право на періодическіе платежи [7]). Такимъ образомъ, договорная ипотека специализируется при записи не только въ отношеніи объекта, но и въ отношеніи суммы ипотечнаго требованія.

Хранитель ипотекъ отмѣчаетъ въ реэстрѣ содержаніе бордеро и возвращаетъ просителю какъ копію акта и т. п., такъ и одинъ экземпляръ бордеро, на которомъ отмѣчается фактъ записи ипотеки [8]).

Нѣсколько упрощенныя требованія предъявляются къ записи ипотекъ законныхъ и даже договорныхъ: 1°, въ пользу націи на имущество контаблей; 2°, въ пользу малолѣтнихъ, подопечныхъ иного рода и отсутствующихъ на имущество опекуновъ, попечителей и управителей; 3°, въ пользу

---

1) Art. 1.

2) Art. 3: „L'hypothèque ne prend rang et les privilèges sur les immeubles n'ont d'effet que par leur inscription"...

3) Art. 16.

4) Eod.

5) Art. 17.

6) Art. 17 п. 1.

7) Art. 17 п. 2.

8) Art. 18.

одного изъ супруговъ въ виду сдѣлокъ и случайныхъ супружескихъ правъ, которыя пока не могутъ быть опредѣлены, на имущество другого супруга. Эти ипотеки подлежатъ записи на основаніи простого предъявленія 2-хъ бордеро, содержащихъ данныя: 1) объ имени и домициліи кредитора, 2) тоже— должника, 3) о природѣ обезпечиваемаго ипотекой отношенія. Но тутъ уже не требуется и при записи не только спеціалитета объекта, а даже и спеціалитета суммы обезпечиваемаго притязанія [1].

Такъ какъ въ случаѣ законной ипотеки, по общему правилу, имѣется въ виду обезпеченіе интереса лицъ, нуждающихся въ покровительствѣ закона и не могущихъ позаботиться о себѣ самихъ, то законъ VII г. прилагаетъ всѣ старанія къ тому, чтобы начало публицитета ипотеки не повредило беззащитнымъ и чтобы запись законныхъ ипотекъ неуклонно выполнялась. Въ этихъ цѣляхъ законъ возлагаетъ обязанность записи такихъ ипотекъ на цѣлый рядъ лицъ, такъ или иначе призванныхъ заботиться о беззащитныхъ.

1. Запись ипотекъ на имущество контаблей совершается по требованію комиссаровъ директоріи, состоящихъ при центральныхъ административныхъ органахъ департаментовъ, ex officio.

2. Запись ипотекъ на имущество попечителей и опекуновъ совершается заботами subrogé tuteur, родственниковъ и ближнихъ, участвующихъ при назначеніи опекуна. Каждое изъ этихъ лицъ является обязаннымъ записать ипотеку и солидарно отвѣтственнымъ за упущеніе.

3. Запись ипотеки въ пользу несовершеннолѣтняго супруга, по случаю имущественныхъ отношеній супруговъ, совершается заботами отца, матери, опекуна,—тоже подъ отвѣтственностью.

Если всѣ указанныя лица все же не выполнятъ своевременно обязанности записи, послѣдней можетъ потребовать коммиссаръ директоріи, состоящій при муниципальномъ правленіи [2].

Начало записи ипотекъ проводится закономъ VII г. съ такой же настойчивостью, какъ и декретомъ III г. Но для нѣкоторыхъ привиллегій дѣлается исключеніе изъ начала записи, им.: 1) для судебныхъ издержекъ, 2) поземельнаго налога за текущій и 1 истекшій годъ, 3) издержекъ на послѣднюю болѣзнь и похороны должника, 4) жалованья прислугѣ за текущій и одинъ истекшій годъ [3].

Для нѣкоторыхъ привиллегій начало записи модифицируется. Такъ, 1) привиллегія рабочихъ по поводу произведенныхъ ими работъ на улучшеніе недвижимости обусловливается предварительной началу работъ записью, которая отмѣчаетъ состояніе недвижимости, фактъ начала работъ и даетъ пріоритетъ привиллегіи, и—послѣдующей за выполненіемъ работъ записью, которая отмѣчаетъ цѣнность работъ и maximum привиллегированнаго долга [4]. 2) Привил-

---

[1]) Art. 21.
[2]) Art. 22.
[3]) Eod.
[4]) Art. 12, 13.

легія отчуждателя по случаю недополученія цѣны за отчужденную недвижимость и т. п. записывается ex officio хранителемъ ипотекъ, вмѣстѣ съ транскрипціей перехода недвижимости, безъ особаго ходатайства отчуждателя [1]).

Замѣтимъ, наконецъ, что законъ VII г. вовсе не знаетъ легалитета; бюро пассивно при совершеніи записей.

Внутренній публицитетъ ипотечной книги, или publica fides ея, провозглашается и тутъ не въ видѣ общаго начала, а только по конкретному случаю, какъ и въ декретѣ 9 mess., именно въ примѣненіи къ легитимаціи книжнаго собственника на распоряженіе недвижимостью [2]). И едва ли fides publica ипотеки защищаетъ по мысли закона ипотеку отъ матеріальныхъ пороковъ личнаго требованія.

V. *Предметъ ипотеки* регулируется въ общемъ сходно по закону VII г. и декрету III г.; это—недвижимости [3]).

VI. Что касается *лицъ*, на недвижимости коихъ ипотека допускается, то по закону VII г. такими лицами не будутъ лица недѣеспособныя, исключая нѣкоторыхъ лишь случаевъ [4]).

VII. *Правоотношеніе при ипотекѣ и привиллегіи.* Законъ VII г. опредѣляетъ ипотеку, подобно декрету III г., какъ вещное право на недвижимости, пораженныя обязанностью удовлетворить извѣстное требованіе. Привиллегія же опредѣляется въ законѣ VII г., какъ право быть предпочтеннымъ другимъ кредиторамъ, даже имѣющимъ старѣйшую ипотеку [5]). Но смыслъ формулы измѣненъ; договорная ипотека становится теперь уже спеціальной и получаетъ значеніе настоящаго римскаго акцессорія къ личному требованію. Объемъ полномочій, входящихъ въ право ипотеки и привиллегіи, по закону VII г. тотъ же, что и по декрету III г.: кредиторъ имѣетъ абсолютное вещное право преслѣдованія судебнымъ порядкомъ заложенной недвижимости, въ чьихъ бы рукахъ она ни находилась, въ цѣляхъ удовлетворенія себя изъ цѣны недвижимости, вырученной путемъ публичной продажи имѣнья [6]).

Кромѣ капитальной суммы требованія, ипотека обезпечиваетъ по закону VII г. и % за 2 послѣднихъ года [7]).

Въ законѣ 7 г. уже труднѣе подыскать точку опоры для признанія его ипотеки за Realobligation; хотя, при усиленномъ желаніи и если довольствоваться такими скромными намеками, какими довольствовались нѣмцы въ 60-хъ

---

1) Art. 29.

2) Art. 26: „Jusque là (до записи пріобрѣтенія собственности въ ипотечный реэстръ) ils (les actes translatifs) ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente“; впрочемъ, art. 53: „Au moyen de la responsabilité prononcée par l'art. précéd., l'immeuble à l'égard duquel le conservateur aurait omis une ou plusieures des charges inscrites en demeure affranchie dans les mains du nouveau possesseur“...

3) Art. 6—8.

4) Art. 9—10.

5) Art. 1.

6) Art. 14 другого закона 11 brum.

7) Art. 19.

и 70-хъ гг. 19 ст. для признанія нѣмецкой ипотеки за Realobligation (Regelsberger, Das Bayr. HR), можно было бы кое-что подобное подыскать и въ законѣ 7 г.;—ибо какъ осуществленіе ипотеки по закону 7 г. совершается въ порядкѣ экзекуціи, направленной противъ собственника заложенной недвижимости, слѣд. сходной съ экзекуціей по личнымъ требованіямъ, такъ и 3-ій владѣлецъ недвижимости признается въ законѣ 7 г. не только управомоченнымъ, но какъ-будто и обязаннымъ, въ силу того, что онъ собственникъ, удовлетворить ипотечныя требованія.

VIII. *Рангъ и порядокъ ипотекъ и привиллегій* опредѣляется въ законѣ VII г. иными началами, чѣмъ въ декретѣ III г., именно: 1°, Впереди всѣхъ при удовлетвореніи идутъ привиллегіи, свободныя отъ записи; 2° за ними идутъ меліоративные кредиты, т. е. привиллегіи рабочихъ и предпринимателей, производившихъ въ недвижимости улучшающія ее работы, и ихъ цессіонаріевъ; 3°, предшествующіе собственники или цессіонаріи (ayant cause) ихъ, съ привиллегіей по поводу недополученной цѣны за отчужденную недвижимость; 4°, ипотечные кредиторы, располагающіеся по старшинству записи ихъ ипотекъ; записанные въ одинъ день удовлетворяются по соразмѣрности [1]).

IX. *Уступка ипотечныхъ кредитовъ* обходится въ законѣ VII г. молчаніемъ; это значитъ, что она подчиняется общимъ правиламъ о совершеніи сдѣлокъ; обходится молчаніемъ и pignus p.

X. *Прекращеніе ипотеки* регулируется въ законѣ VII г. послѣдовательнѣе и короче, чѣмъ въ декретѣ III г. Такъ какъ ипотека возникаетъ путемъ записи, то законъ VII г. занимается больше послѣдней, не касаясь безъ необходимости разнообразныхъ матеріальныхъ основаній прекращенія ипотеки. Погашеніе по книгѣ совершается на основаніи актовъ, доказывающихъ соглашеніе на то интерессентовъ или состоявшійся о томъ судебный приговоръ, подлежащій исполненію [2]).

По сингулярному предписанію, запись сохраняетъ силу ипотеки и привиллегіи лишь въ теченіе 10 лѣтъ, начиная съ момента записи. Ipso jure дѣйствіе записи прекращается, если послѣдняя не возобновлена до истеченія 10-лѣтняго срока [3]). Это начало крайне неблагопріятно реальному кредиту, по природѣ своей долговѣчному, и объясняется отчасти громоздкостью внѣшней организаціи системы, именно безпорядочностью веденія книгъ, въ которыхъ черезъ 10 лѣтъ не разберется и самъ чиновникъ, ихъ ведущій, отчасти же общей тенденціей французскаго права — смотрѣть на ипотеку какъ на обузу, которую нельзя терпѣть долгое время. Можно было бы указать и другіе мотивы. Но ипотека фиска на имущество контаблей, ипотека частныхъ лицъ на имущество управителей, ипотека супруга на имущество другого супруга сохраняются все время существованія вызвавшихъ ипотеку основаній,

---

1) Art. 14.
2) Art. 25.
3) Art. 23 п. 1.

и сверхъ того еще первыя двѣ ипотеки—въ теченіе 6 мѣс. по дачѣ отчета, а 3-ья—1 г. по прекращеніи брака [1]).

XI. *Очистка ипотекъ*, имѣющая мѣсто при переходѣ собственности на недвижимости, регулируется въ законѣ VII г. послѣдовательнѣе съ точки зрѣнія публицитета, чѣмъ въ декретѣ III г.

Въ прямую противоположность декрету, отчужденіе не только добровольное, но и принудительное вовсе не затрогиваетъ теперь ипотекъ; онѣ остаются въ силѣ и не подлежатъ удовлетворенію со стороны пріобрѣтателя въ самый моментъ пріобрѣтенія [2]). Очистка получаетъ по закону VII г. слѣдующее значеніе. Если цѣна, за которую пріобрѣтатель пріобрѣлъ недвижимость, ниже цѣнности всѣхъ ипотекъ и привиллегій, пріобрѣтатель можетъ освободить себя отъ общаго дѣйствія ипотечнаго иска [3]), принявъ слѣдующія мѣры. Въ теченіе 1 мѣсяца со дня совершенія транскрипціи пріобрѣтатель долженъ извѣстить кредиторовъ по условному ихъ домицилію: 1) о фактѣ перехода къ нему собственности на заложенную недвижимость; 2) фактѣ транскрипціи; 3) составѣ ипотекъ и привиллегій, обременяющихъ недвижимость,—и заявить, что онъ готовъ уплатить своевременно по всѣмъ ипотечнымъ требованіямъ, но лишь въ предѣлахъ суммы, которую самъ онъ уплатилъ за недвижимость [4]). Тогда кредиторы въ правѣ требовать перепродажи недвижимости съ торговъ, но для этого должны: 1) извѣстить покупщика въ мѣсячный срокъ, считая со дня своего освѣдомленія, о своемъ намѣреніи; 2) гарантировать повышеніе цѣны хотя на $^1/_{20}$ сравнительно съ установленной въ актѣ пріобрѣтенія цѣною. Обо всемъ этомъ извѣщается и продавецъ по извѣстной формѣ [5]).

Если кредиторы не отзовутся на декларацію покупщика, цѣна недвижимости остается фиксированной пріобрѣтательнымъ актомъ, и пріобрѣтатель остается отвѣтственнымъ по всѣмъ тяготамъ и ипотекамъ лишь въ размѣрѣ суммы, которую онъ самъ уплатилъ за недвижимость [6]). Если же перепродажа получитъ мѣсто, то она совершается по правиламъ о принудительномъ отчужденіи [7]). Притязанія личныя ипотечныхъ кредиторовъ противъ должника не страдаютъ вовсе отъ процесса очистки [8]).

Въ связи съ очисткой и транскрипціей установлено и выше отмѣченное странное начало, что недвижимость переходитъ къ пріобрѣтателю чистой отъ

---

1) Eod. п. 2.

2) Art. 28, art. 15: „La vente soit volontaire, soit forcée, de l'immeuble grevé, ne rend point exigibles les capitaux aliénés ni les autres créances non échues“. Пріобрѣтатель и адъюдикатарій пользуются тѣми же сроками для уплаты по ипотечнымъ требованіямъ, какъ и предшественники-собственники.

3) Art. 30 въ совокупности съ art. 64.

4) Art. 30.

5) Art. 31.

6) Art. 32.

7) Art. 33.

8) Art. 36.

ипотекъ, пропущенныхъ чиновникомъ въ извлеченіи, которое пріобрѣтатель истребовалъ отъ него по случаю транскрипціи. Потерпѣвшіе кредиторы имѣютъ ипотечное право лишь на удовлетвореніе изъ недоплаченной продавцу цѣны, а при отчужденіи принудительномъ—изъ нераспредѣленной еще цѣны; сверхъ того они имѣютъ регрессъ къ чиновнику [1]).

XII. Осуществленіе ипотеки въ порядкѣ принудительнаго отчужденія, регулируемое другимъ закономъ 11 brumaire, характеризуется опять уступчивостью традиціоннымъ правовымъ воззрѣніямъ. Правда, оно быстрое, не знаетъ иммиссіи и т. п. мѣръ, но оно допускаетъ уже переторжку, расширяетъ кругъ случаевъ оспариванія торговъ и, что особенно странно, допускаетъ ревиндикацію противъ адъюдикатирія въ теченіе общаго 10-лѣтняго срока давности, считая со дня транскрипціи.

XIII. Законъ VII г. подчиняетъ публицитету и отношенія по собственности. Акты, которыми передается собственность на реальныя и идеальныя недвижимости, способныя къ ипотекѣ, подлежатъ транскрипціи (въ противоположность инскрипціи ипотекъ) въ реэстры, ведущіеся въ ипотечныхъ бюро, по мѣсту нахожденія недвижимости [2]). Пока транскрипція не совершена, значащійся по ипотечнымъ книгамъ собственникъ продолжаетъ быть единственно легитимированнымъ на всякаго рода распоряженія недвижимостью, а не только на установленіе ипотекъ: и эти его распоряженія обязательны для незаписаннаго матеріальнаго собственника недвижимости. Транскрипція же вызываетъ перемѣну легитимированной персоны для отношеній оборота [3]).

Для транскрипціи предъявляются пріобрѣтательный актъ и копія; на послѣдней и дѣлается отмѣтка о совершившейся транскрипціи [4]).

Такимъ образомъ, значеніе транскрипціи слабѣе, чѣмъ значеніе инскрипціи. Транскрипція не имѣетъ значенія для самаго пріобрѣтенія права собственности на недвижимость. Послѣднее пріобрѣтается уже до транскрипціи, въ силу соглашенія сторонъ о томъ. Транскрипція же важна для отношеній къ 3-мъ лицамъ.

И все же странно и невѣрно то, когда законъ 7 г. высказываетъ начало, что отчуждатель передаетъ пріобрѣтателю право такимъ, какимъ оно было у самого отчуждателя [5]). Книжный собственникъ самъ можетъ и не имѣть на вещь права, разъ только онъ отчудилъ его, но 3-му лицу онъ передастъ право собственности, разъ только послѣдній совершилъ транскрипцію пріобрѣтательнаго акта.

XIV. *Заключеніе.* „Законъ VII г. представляетъ собою результатъ сдѣлки 2-хъ противоположныхъ правительственныхъ партій: романистовъ и цедулистовъ". Первые реставрировали въ немъ многія черты до-революціоннаго французскаго ипотечнаго права, проникнутаго романистическими идеями, какъ

---

1) Art. 53.
2) Art. 26 п. 1.
3) Eod. п. 2, Ср. art. 53.
4) Art. 27.
5) Art. 28.

законныя ипотеки, привиллегіи; вторые отвоевали принципъ публицитета и спеціалитета для всѣхъ ипотекъ и привиллегій, но не безъ значительныхъ уступокъ и, притомъ, пожертвовавъ всей новой организаціей ипотеки на самого себя. Идя на взаимный компромиссъ, творцы закона VII г. задались цѣлью повторить идею Кольберовскаго эдикта, вернуться къ праву nantissement и подчинить публицитету уже весь вотчинно-ипотечный оборотъ, „такъ какъ успѣхъ ипотечнаго режима не будетъ полнымъ, пока самыя отношенія по собственности не будутъ подчинены режиму того же публицитета“. Въ этихъ цѣляхъ и усвоили въ законѣ VII г. транскрипцію, которая съ 1790 г. замѣнила nantissement [1]). Законъ VII г. воплощаетъ значительную уступку революціоннаго теоретизма декрета III г. практическимъ соображеніямъ; онъ лишенъ той цѣльности, прямолинейной послѣдовательности и яркости, которыми характеризуется декретъ III г., но зато онъ обладаетъ большей практичностью и болѣе легкой осуществимостью, такъ какъ приспособляется къ жизненнымъ условіямъ и правовымъ традиціямъ страны.

XV. Законъ VII г. удерживалъ внѣшнюю организацію ипотечнаго дѣла лишь временно, впредь до пересмотра ея; такой пересмотръ и далъ въ результатѣ законъ 21 ventose an VII [2]).

Осуществленіе ипотечнаго дѣла ввѣряется, по этому закону, вѣдомству нотаріально-крѣпостной части страны (la régie nationale de l'enrégistrement); это вѣдомство поручаетъ выполненіе задачи особымъ своимъ органамъ (receveurs de l'enrégistrement), на слѣдующихъ основаніяхъ.

Въ каждомъ округѣ (arrondissement) трибунала исправительной полиціи учреждается бюро храненія ипотекъ; бюро находится въ той же общинѣ, въ которой находится и трибуналъ. Но если въ томъ округѣ трибуналъ гражданскій и трибуналъ исправительной полиціи находятся въ разныхъ общинахъ, то бюро храненія ипотекъ помѣщается тамъ же, гдѣ и цивильный трибуналъ.

Ипотечные чиновники называются теперь proposés de la régie à la conservation des hypothèques. Обязанности ихъ вытекаютъ изъ существа ихъ функцій, какъ ипотечныхъ чиновниковъ. Они пассивны при выполненіи своихъ обязанностей, имъ не принадлежитъ право обслѣдованія сдѣлокъ, записываемыхъ въ реэстры бюро. Въ легалитетѣ не признавалось надобности во Франціи, такъ какъ ипотечныя установленія совершали свое дѣло всегда на основаніи автентическихъ актовъ.Едва-ли, однако, нотаріальный актъ годился для того, чтобы быть основой опасной по своимъ послѣдствіямъ записи въ ипотечную книгу. По крайней мѣрѣ, въ другихъ странахъ легалитетъ, присущій дѣятельности ипотечныхъ установленій, не исключалъ автентическаго изготовленія актовъ вотчинныхъ сдѣлокъ. Въ видахъ возмѣщенія ущерба, проистекающаго отъ неправильныхъ дѣйствій чиновниковъ для частныхъ лицъ, чиновники даютъ cautio, въ недвижимостяхъ, колеблющуюся между 20 т.— 100 т. ф. по областямъ, въ зависимости отъ населенности послѣднихъ.

---

[1]) См. Besson, стр. 93—97, Rondel, стр. 168 и слѣд.

[2]) Duvergier, XI 179.

Реэстры вотчинно-ипотечные регулируются обычно со всей заботливостью; ведется реэстръ въ хронологическомъ, крайне несовершенномъ, порядкѣ. Но для облегченія обозримости хронологическаго реэстра, чиновникъ ведетъ еще личный реэстръ, въ который, подъ именами владѣльцевъ обремененныхъ недвижимостей, записываются уже въ извлеченіи тѣ же акты ипотекъ, транскрипцій и погашеній, со ссылкой на хронологическій обстоятельный реэстръ. Это—родъ Hauptbuch, ведущійся по личной системѣ, не много болѣе благопріятной для обозримости правоотношеній по недвижимости, чѣмъ хронологическая система. Эта-то личная система и замѣнила примитивную предметную систему декрета III г. Она дѣйствуетъ во Франціи до сего дня [1]).

XVI. Законы VII г. привились къ жизни и оказали благотворное вліяніе на оборотъ. Лишь мѣстами, особенно вслѣдствіе безпрерывныхъ военныхъ дѣйствій, введеніе ихъ неоднократно откладывалось [2]). Часть этихъ мѣръ относится уже къ эпохѣ консульства.

§ 62. Консульство. Законъ 28 ventose—8 germinale an XII (19 марта 1804 г.).

Въ эпоху консульства ипотечное право снова привлекается къ разработкѣ; поводомъ служитъ предпринятіе консульствомъ обширныхъ законодательныхъ работъ по всѣмъ отраслямъ права съ цѣлью осуществленія давно поставленной задачи изданія уложеній, которыя бы дали обновленной соціально и политически Франціи новые устои правовой жизни. Сложную задачу изданія уложеній рѣшено было выполнить по частямъ. Ипотечное право будущаго гражданскаго уложенія составило содержаніе особаго закона отъ 28 ventose—8 germinale an XII. Согласно нашему плану, мы ограничимся здѣсь этими общими замѣчаніями и выдѣлимъ ученіе о законѣ 28 ventose въ особую главу, отводимую нами кодексу Наполеона.

ГЛАВА II.

Право Наполеонова кодекса.

§ 63. Общій ходъ законодательной работы по составленію Наполеонова кодекса и его ипотечнаго режима [3]).

Послѣ всесторонней и коренной ломки вѣковѣчныхъ устоевъ гражданской жизни французскаго народа, имѣвшей мѣсто въ эпоху революціи, изданіе гражданскаго кодекса становилось дѣломъ наиболѣе неотложнымъ. Въ

---

[1]) Правда, и она имѣетъ одну удобную сторону, именно, при мелкомъ землевладѣніи, она сберегаетъ издержки на веденіе ипотечнаго листа, и послѣ мы увидимъ, что даже въ Германіи одно время готовы были усвоить ее; но не усвоили за недостаткомъ обозримости, ей свойственнымъ, а этотъ недостатокъ превышаетъ выгоды отъ ея дешевизны.

[2]) См. рядъ мѣръ у Duvergier, XI 72, 159, 283; XII 20, XIV 62 и др.

[3]) Очеркъ скомпанованъ изъ матеріаловъ къ Наполеонову кодексу, см. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris. MDCCC XXVII, всѣ 15 томовъ, главнымъ же образ. I—V и XV-й томы.

то же время оно было и дѣломъ чрезвычайно труднымъ, особенно въ революціонной Франціи, гдѣ новое уложеніе должно было переработать правовой матеріалъ заново, отрѣшившись отъ историческихъ традицій и вѣкового опыта прежней жизни страны.

И вотъ мы видимъ, какъ всѣ революціонныя правительства занимаются вопросомъ о составленіи кодекса. Отъ каждой революціонной фазы мы имѣемъ болѣе или менѣе обработанный проектъ гражданскаго уложенія. Эти проекты иногда восходили до стадіи обсужденія ихъ, но тамъ и проваливались, чаще всего вслѣдствіе смѣны правительства.

И только консульству удается осуществить идею кодекса. Матерія кодекса (мы говоримъ все время о гражданскомъ кодексѣ) была, при этомъ, распредѣлена на болѣе или менѣе крупные отдѣлы права, и каждый отдѣлъ проектировался въ особой секціи той комиссіи, которую назначилъ первый консулъ для выработки проекта кодекса въ его цѣломъ. И хотя проектъ кодекса мыслился и издавался для замѣчаній какъ цѣлый и единый, но и потомъ обсужденіе его и санкція и публикація шла также отдѣльно для разныхъ отдѣловъ права.

Ипотека и привиллегія составили предметъ работъ самостоятельной секціи. При составленіи проекта ипотечнаго режима члены секціи разошлись во взглядахъ кореннымъ образомъ. Одна часть ихъ стояла за относительно-негласную систему въ духѣ эдикта 1771 г.; другая же—за систему публицитета и спеціалитета, именно въ духѣ дѣйствовавшаго въ то время закона VII г. Хотя изъ 8-ми членовъ секціи 4 члена были за сохраненіе закона VII г., съ нѣкоторыми модификаціями, 2 члена — за возвращеніе къ эдикту 1771 г. и 2 члена—вовсе воздержались отъ подачи мнѣнія за ту или иную систему, секція почему-то остановилась на проектѣ въ духѣ эдикта 1771 г., т. е. въ духѣ негласности ипотечнаго режима. Вѣроятно, двое воздержавшихся стояли за полную негласность, и голоса ихъ сторонники эдикта 1771 г. сочли возможнымъ присоединить къ себѣ; объ этомъ присоединеніи говорилось потомъ въ гос. сов. Повидимому и предсѣдатель секціи былъ сторонникомъ негласности; тогда все становится понятнымъ.

Вышедшій изъ секціи проектъ былъ, вмѣстѣ съ проектами другихъ частей кодекса, снабженъ, какъ единый проектъ кодекса, замѣчаніями комиссіи и разосланъ судебнымъ и другимъ установленіямъ для замѣчаній. Большинство апелляціонныхъ трибуналовъ, качественно слабое, соглашалось съ проектомъ; меньшинство же апелляціонныхъ трибуналовъ, качественно преобладающее, именно 9 важнѣйшихъ изъ нихъ: Парижскій, Ліонскій, Брюссельскій, Руанскій, Канскій, Дуанскій, Гренобльскій, Монпельескій и Пуатьескій, а также и кассаціонный трибуналъ, выступили рѣшительными противниками проекта и горячими защитниками дѣйствующаго права закона VII г., выдвигая рядъ блестящихъ аргументовъ чисто практическаго свойства въ пользу публицитета и спеціалитета ипотекъ. Когда потомъ проектъ былъ внесенъ на обсужденіе въ законодательныя установленія, мнѣнія этихъ трибуналовъ послужили богатымъ матеріаломъ для защиты членами секціи, стоявшими за

публицитетъ и спеціалитетъ ипотечнаго режима, проиграннаго ими въ редакціонной комиссіи дѣла.

При обсужденіи проекта въ законодательныхъ учрежденіяхъ произошло поучительное для исторіи права явленіе. Столкнулись двѣ великія правообразовательныя силы — наука и практика, кабинетная юриспруденція, въ лицѣ знаменитыхъ мастеровъ естественнаго права, и практическая юриспруденція, въ лицѣ корифеевъ судебнаго дѣла. Первые выдвигали отвлеченныя идеи свободы оборота, естественнаго права и справедливости; вторые побивали ихъ соображеніями практической непригодности ихъ отвлеченныхъ кабинетныхъ построеній. Борьба была прекращена вмѣшательствомъ Наполеона, тогда перваго консула, предсѣдательствовавшаго въ гос. совѣтѣ. „Прислушиваясь къ вашимъ разногласіямъ, говорилъ Наполеонъ, я убѣждаюсь, что прямолинейность и простота, съ какой бы стороны она ни исходила, является злой мачихой правосудія и собственности". Наполеонъ предложилъ компромиссъ между гласной системой закона VII г. и негласной системой эдикта 1771 г. Гласными должны быть договорныя ипотеки, такъ какъ онѣ устанавливаются дѣеспособными лицами; негласными должны быть ипотеки въ пользу беззащитныхъ, о которыхъ законъ долженъ пещись, въ виду ихъ неспособности позаботиться о самихъ себѣ. Послѣ слабаго сопротивленія обѣихъ борющихся партій сдѣланное Наполеономъ предложеніе привлекло всѣхъ на свою сторону, и Treilhard получилъ предложеніе обработать въ этомъ духѣ новый проектъ. Этотъ послѣдній получилъ движеніе; по обсужденіи въ госуд. совѣтѣ, трибунатѣ и законодательномъ корпусѣ, онъ получилъ силу закона 28 ventose an XII и былъ опубликованъ 8 germinal an XII.

§ 64. Доводы сторонниковъ и противниковъ гласнаго и негласнаго режима, выдвигавшіеся при обработкѣ ипотечнаго права Наполеонова кодекса [1]).

Очертимъ теперь кругъ идей, въ которомъ вращались два противоположныхъ направленія юридической мысли, сталкивавшихся во всѣхъ стадіяхъ обработки ипотечнаго права кодекса Наполеона, и укажемъ главныхъ сторонниковъ обоихъ направленій. Этотъ очеркъ для насъ интересенъ тѣмъ, что онъ вскрываетъ кругъ идей, въ которомъ юристы вращались въ моментъ перваго проникновенія въ свѣтъ современнаго вотчинно-ипотечнаго режима. За негласную систему ипотечнаго режима стояли: 1) мотивы къ проекту VIII г.; 2) мнѣнія большинства второстепенныхъ трибуналовъ; 3) въ государственномъ совѣтѣ за него высказывались: Bigot-Préameneau, докладчикъ той части секціи, которая выдвинула негласный проектъ, консулъ Cambacérès, Tronchet; 4) въ трибунатѣ за нее стоялъ Huguet.

За систему публицитета и спеціалитета стояли: 1) девять важнѣйшихъ аппелляціонныхъ трибуналовъ и кассаціонный; 2) въ государственномъ совѣтѣ

1) Скомпанованъ по матеріаламъ къ Наполеонову кодексу, содержащимся у Fenet, цит. трудъ и томы.

за него высказались Treilhard, Réal, условно Порталисъ, Berlier; 3) въ трибунатѣ—Grenier; 4) мотивы къ проекту Treilhard'a.

I. Въ глазахъ сторонниковъ негласнаго ипотечнаго режима вся исторія вопроса, всѣ прежде предпринятыя мѣры, направленныя на приданіе ипотекамъ гласности, служили только маской, подъ которой правительство пыталось проводить новые и новые налоги; таковъ былъ еще феодальный nantissement, таковы были и позднѣйшіе королевскіе эдикты, вплоть до закона VII г. Всѣ эти мѣры были нездоровымъ внѣшнимъ наростомъ на незатронутомъ въ существѣ своемъ и здоровомъ римскомъ тѣлѣ ипотеки, этой единственно справедливой и единственно пригодной и плодотворной для всѣхъ временъ и народовъ кредитной организаціи (Fenet. XV, 224). Законъ VII г., преслѣдуя тѣ же фискальныя цѣли, первый посягаетъ и на вѣковѣчныя начала матеріальнаго права римской или, что то же, идеальной ипотеки. При созданіи этого закона измѣненія матеріальнаго права оправдывались исключительными условіями революціонной эпохи, когда оборотъ страдалъ отъ всякаго рода временныхъ бѣдствій, выходъ изъ которыхъ и надѣялись найти въ экстренныхъ мѣрахъ публицитета и специалитета. Но и въ этомъ ошиблись. Законъ VII г. не улучшилъ дѣла, а печальные плоды его еретическихъ предписаній уже успѣли заявить о себѣ особенно въ видѣ полной беззащитности женъ, малолѣтнихъ и другихъ подопечныхъ, которыя составляютъ вѣдь половину всей націи. Такъ какъ законъ VII г. еще не привился къ жизни, то сторонники негласнаго ипотечнаго режима могутъ сказать, что 20-ти вѣковая исторія и существующій правовой строй—на ихъ сторонѣ.

Но если de lege lata все на ихъ сторонѣ, то и de lege ferenda все говоритъ за нихъ. Ипотечный режимъ, конечно, нуженъ, но ипотечный режимъ, организованный на началѣ публицитета и спеціалитета, въ родѣ закона VII г., есть крайность, такъ какъ онъ цѣлится уже не только обезпечить гражданъ отъ обмана 3-хъ лицъ, насколько это необходимо, но и освободить ихъ отъ всякихъ заботъ о своемъ интересѣ, опекать ихъ тамъ, гдѣ они сами могутъ и должны думать о себѣ. Такой режимъ создаетъ для гражданъ longue et honteuse minorité, при томъ, цѣною безконечныхъ формальностей, способныхъ вызвать параличъ всѣхъ дѣловыхъ отношеній въ обществѣ, утомить всѣ заинтересованныя стороны въ раззорительныхъ процедурахъ; съ виду цѣлясь поднять довѣріе къ ипотекѣ, такой режимъ въ сущности способенъ только на то, чтобы вконецъ скомпрометтировать ипотеку. Нужно отказаться помогать всякой бѣдѣ и предохранять гражданъ отъ всякихъ злоупотребленій, на которыя люди способны, а вмѣстѣ съ тѣмъ нужно и относиться къ людямъ съ большимъ довѣріемъ и быть болѣе умѣреннымъ въ изобрѣтательности формъ и опеки власти надъ подданными. Ибо тотъ правитъ плохо, кто правитъ слишкомъ много.

Но если коренное соображеніе общей законодательной политики говоритъ противъ режима, основаннаго на спеціалитетѣ и публицитетѣ, то противъ него говорятъ и спеціальныя соображенія гражданско-правоваго порядка.

Публицитетъ не въ силахъ съ точностью установить имущество и задолженность должника, такъ какъ большинство ипотекъ, а особенно законныя ипотеки, устанавливаются въ обезпеченіе притязаній, не только неопредѣленныхъ, но и неопредѣлимыхъ по существу. Условное же опредѣленіе суммы такихъ притязаній, не помогая уясненію истины, является только искусственной и насильственной мѣрой.

Система публицитета вскрываетъ священную тайну частныхъ хозяйствъ, составляющую основное условіе права индивидуальной свободы.

Запись, какъ способъ установленія ипотеки, не согласуется съ идеей собственности, такъ какъ при ней уже пріобрѣтенныя права ставятся въ зависимость отъ соблюденія простой формальности, ибо естественно, что привиллегіи и ипотеки пріобрѣтаются съ самымъ уже наступленіемъ событій, ихъ вызывающихъ. При ипотекахъ женъ и малолѣтнихъ начало записи связывается, сверхъ того, еще съ особыми неудобствами: такъ какъ обязанными записывать такія ипотеки являются мужья и родители, то изъ-за записи могутъ возникать семейныя распри, которыя всего болѣе должны быть избѣгаемы въ государственномъ интересѣ. А съ другой стороны, запись такихъ ипотекъ и не нужна для публицитета, ибо семейное состояніе лица и безъ нея извѣстно каждому.

Нечего говорить уже о томъ, что публицитетъ сопряженъ съ массой оборотныхъ сторонъ; возможный и при немъ обманъ опаснѣе обмана при негласномъ режимѣ; тоже—и заблужденіе, и ошибки ипотечнаго чиновника и т. д. и т. д.

Спеціалитетъ ипотекъ и недопущеніе генеральной ипотеки опять не отвѣчаетъ потребностямъ жизни, которыя не даромъ же вызвали оба вида ипотеки.

Спеціальная ипотека, какъ ее предлагаетъ новый режимъ VII г., противна кореннымъ началамъ права, противорѣчитъ идеѣ собственности, согласно которой должникъ можетъ распоряжаться не только наличными, но и будущими своими пріобрѣтеніями, и кредитъ имѣетъ основой не наличныя т. имущества, но всю личность должника. Нечего говорить, что и спеціалитетъ имѣетъ оборотныя стороны, какъ, напримѣръ, редукція ипотеки и т. п.

Далѣе, новый режимъ служитъ только малочисленному классу владѣльцевъ; предлагая его, забываютъ, что народная масса не имѣетъ недвижимостей, а вѣдь и люди изъ массы стоятъ все въ такихъ отношеніяхъ, гдѣ ипотека, именно генеральная, всего болѣе кстати.

Въ концѣ-концовъ, новый режимъ ничего не измѣнитъ по существу въ прежнихъ отношеніяхъ, такъ какъ и при немъ всѣ недвижимости будутъ обременяться ипотеками, ипотеки будутъ неопредѣленными, составъ дѣйствительнаго бремени будетъ неизвѣстнымъ. Только появятся новыя бѣдствія, какъ застой оборота, повышеніе %'а по ссудамъ и т. п., даже мобилизація недвижимостей, вторженіе иностранныхъ капиталовъ и помѣщеніе ихъ во французское землевладѣніе,—отсюда космополитизмъ поземельнаго владѣ-

нія и т. д. Потерпитъ и личный кредитъ, особенно дорогой выдвигающемуся на сцену третьему сословію.

Напротивъ, римская система такъ гибка, что даетъ всѣ выгоды, преслѣдуемыя новымъ режимомъ; при ней возможна и спеціальная ипотека, но возможна и генеральная,—все зависитъ отъ воли сторонъ; при ней остаются невредимыми и священнѣйшія привиллегіи, всегда оправдываемыя соображеніями гуманности. Что же касается надежности сдѣлокъ, то о ней должны заботиться сами стороны.

II. Въ только что перечисленныхъ доводахъ, конечно, было не мало правды, но они грѣшили въ 2-хъ отношеніяхъ: 1) они отправлялись отъ идеи совершеннѣйшей организаціи режима, а все человѣческое несовершенно, и негласный режимъ, ими обстаиваемый, всего менѣе совершененъ; 2) они, какъ плодъ естественно-правоваго направленія, исходили изъ идеи, что существуютъ права внѣ положительной системы права, тогда какъ на дѣлѣ и этого не встрѣчается.

Сторонники публицитета и спеціалитета и вскрывали въ своихъ доводахъ эти недостатки доводовъ ихъ противниковъ.

Прежде всего они исправили исторію вопроса. Двадцать вѣковъ дѣйствія римской ипотеки во Франціи были указаны невѣрно, какъ невѣрно были освѣщены и мѣры, издавна направлявшіяся на приданіе ипотекѣ и всему вотчинному обороту гласности. Эти мѣры имѣли фискальный наростъ, но прямая ихъ цѣль была—упорядоченіе оборота. И именно идеальная римская система вызвала всѣ эти мѣры, такъ какъ оказалась гибельной для реальнаго кредита. И именно законъ VII г. является наиболѣе всего цѣлесообразной мѣрой, такъ какъ онъ больше, чѣмъ всѣ другія мѣры, ранѣе его издававшіяся, даетъ обезпеченности и вѣрности ипотечному обороту. Выдвигаемые противниками недостатки его свойственны ему всего менѣе, а избѣжать ихъ вполнѣ никогда не удается. Люди могутъ руководиться лишь началомъ относительнаго блага.

Бояться отлива капиталовъ отъ промышленности не слѣдуетъ, такъ какъ личный кредитъ обладаетъ правовой организаціей и экономическими свойствами, вполнѣ обезпечивающими достаточный приливъ капиталовъ къ промышленности, какъ-то: болѣе высокій % на капиталъ, болѣе суровое исполнительное производство, краткосрочность займовъ, стремленіе коммерсанта поддержать свое доброе имя и проч.; скорѣе надо заботиться о приливѣ капиталовъ къ сельскому хозяйству, стонущему отъ несовершеннаго ипотечнаго режима. А такой приливъ будетъ возможенъ только тогда, когда ипотечный режимъ вознаградитъ капиталиста за менѣе выгодное вообще помѣщеніе капитала въ сельское хозяйство—полной обезпеченностью помѣщенія. Этому можетъ служить только режимъ, основанный на публицитетѣ и спеціалитетѣ. Такой режимъ не только даетъ обезпеченность сдѣлокъ о недвижимостяхъ, но, хотя и съ приблизительной только точностью опредѣляя цѣнность ипотекъ, обременяющихъ недвижимость, онъ даетъ возможность землевладѣльцу, при отчужденіи недвижимости или новомъ поискѣ кредита, использовать всю сво-

бодную наличность цѣнности своего владѣнія. А кредиторъ и пріобрѣтатель легче пойдутъ на сдѣлку о недвижимости, зная, что они дѣйствуютъ вѣрно.

Не повышенія % и упадка оборота, а, напротивъ, пониженія % и развитія оборота можно ожидать отъ режима, основаннаго на публицитетѣ и специалитетѣ.

Далѣе, ни права собственности, ни свободы оборота гласный режимъ не подрываетъ; онъ только даетъ имъ наиболѣе цѣлесообразное практическое направленіе. А интересы женъ и малолѣтнихъ при немъ только выигрываютъ, такъ какъ онъ вскрываетъ истинное имущественное положеніе мужей и опекуновъ. Но если бы эти интересы въ рѣдкихъ случаяхъ и страдали,— то, ради рѣдкихъ случаевъ такого рода, нельзя жертвовать общимъ благомъ, которое сулитъ гласный режимъ. А если послѣдній не допускаетъ обремененія будущихъ пріобрѣтеній, то это заслуживаетъ только похвалы, такъ какъ ставитъ оборотъ на вѣрную почву; да и, кромѣ того, есть нѣчто безнравственное въ разсчетѣ на имущество лица, еще живого.

Новый режимъ вовсе не ограничиваетъ собственника въ свободѣ заключать всякаго рода обязательства,—онъ только выдвигаетъ обезпеченность ипотекъ и рѣзче проводитъ различіе личнаго и реальнаго кредита.

Вотъ почему и въ комиссіи половина членовъ стояла за законъ VII г., и лишь искусственными пріемами противники сумѣли составить большинство голосовъ за негласный режимъ. А въ свѣтѣ ихъ проектъ встрѣтилъ жестокій пріемъ со стороны лучшихъ апелляціонныхъ и кассаціоннаго трибуналовъ, стоявшихъ всецѣло за систему публицитета и специалитета. И эти трибуналы вовсе не были изъ тѣхъ областей, гдѣ люди привыкли къ національной nantissement. Напротивъ, это были трибуналы, убѣдившіеся въ полезности гласнаго режима лишь при дѣйствіи закона VII г.

Результатъ борьбы, въ общемъ, намъ уже извѣстенъ. А въ деталяхъ вскроется при очеркѣ ипотечнаго режима Наполеонова кодекса.

§ 65. Ипотечный режимъ Наполеонова кодекса.

Насколько законъ VII г. былъ реакціей чисто революціонному декрету III г., настолько законъ XII г., образовавшій ипотечное право Code civil, былъ реакціей уже закону VII г. все въ томъ же направленіи къ дореволюціонному правовому строю. И, наоборотъ, насколько законъ VII г. во многомъ исправилъ и приспособилъ къ жизни право декрета III г., настолько же законъ XII г. внесъ кое-что новаго и небезполезнаго для реальнаго кредита такого, чего не зналъ законъ VII г. Напримѣръ, привиллегіи въ законѣ XII г. получаютъ не только свое дѣйствіе, но и свой рангъ отъ записи ихъ въ ипотечный реэстръ, тогда какъ по закону VII г. запись рѣшала ихъ дѣйствіе, но рангъ ихъ былъ привиллегированнымъ. Въ кодексѣ Наполеона привиллегіи входятъ въ рядъ простыхъ ипотекъ, сохраняя лишь свое прежнее имя, да развѣ пользуясь нѣкоторыми льготами при записи.

Формальная сторона режима: ипотечныя установленія, реэстры, производство не затрогиваются кодексомъ и до сего дня регулируются закономъ 21 ventose an VII.

Кодексъ трактуетъ объ ипотекахъ и привиллегіяхъ въ кн. III тит. 18 и считаетъ все еще своимъ долгомъ начать съ формулы, что все имущество должника составляетъ gage commun его кредиторовъ, и что лично обязанный отвѣчаетъ всѣмъ имуществомъ за выполненіе обязательства. Ипотека же и привиллегія даютъ лишь преимущества при удовлетвореніи.

I. Понятіе и виды ипотекъ и привиллегій. 1. Общее опредѣленіе ипотеки кодексъ даетъ традиціонное: ипотека есть реальное право на недвижимости, пораженныя обязанностью удовлетворенія извѣстныхъ требованій [1]). Ниже мы увидимъ, каковъ точный смыслъ этого традиціоннаго опредѣленія. По своей природѣ, ипотека недѣлима и поражаетъ во всей своей цѣлости всѣ обремененныя ею недвижимости, и, притомъ, каждую изъ нихъ и во всѣхъ доляхъ ихъ [2]). Это начало традиціонное, отвѣчающее больше генеральной природѣ прежней ипотеки, рѣшаетъ впредь и вопросъ объ отвѣтственности недвижимостей при солидарной или корреальной ипотекѣ, т. е. такой, которая обременяетъ нѣсколько имѣній специализованныхъ, но обезпечивающихъ одно требованіе. Однако, какъ бы для большей ясности того, что кодексъ отказывается отъ старой идеи, согласно которой ипотека ipso jure вытекала изъ всякаго автентическаго акта обязательства, кодексъ открыто провозглашаетъ начало, которое молчаливо содержалось уже въ законѣ VII г., а именно, что ипотека имѣетъ мѣсто только въ случаяхъ и по формѣ, закономъ признанныхъ [3]). Это—разрывъ съ исторіей, начатый закономъ XII г. и формулированный кодексомъ,—и это есть послѣдствіе спеціалитета ипотеки [4]). Гдѣ же, по кодексу, имѣетъ мѣсто ипотека?

Она имѣетъ мѣсто въ 3-хъ случаяхъ: 1, гдѣ норма права снабжаетъ извѣстное отношеніе ипотекой [5]), ради обезпеченія интересовъ, признаваемыхъ закономъ за особенно важные; 2, гдѣ судебный приговоръ даетъ ее ради успѣха судебной экзекуціи или гдѣ судебный актъ восполняетъ недостатки требуемой закономъ автентической формы договора объ ипотекѣ [6]); 3, гдѣ стороны установятъ ипотеку по соглашенію и по формѣ [7]). Такимъ образомъ, кодексъ знаетъ три вида ипотеки: законную, судебную и договорную [8]). Рубрики старыя, но значеніе ихъ новое, и новизна ихъ вытекаетъ изъ свойствъ кодекса, какъ

---

[1]) Art. 2114 п. 1: „L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation“.

[2]) Art. 2114 п. 2.

[3]) Art. 2115.

[4]) Отъ прежняго строя въ кодексѣ остаются только art. 2092—93 ср. 2094.

[5]) Art. 2117 п. 1.

[6]) Art. 3117 п. 2.

[7]) Art. 3117 п. 3,

[8]) Art. 2116.

уложенія, въ противоположность свойствамъ закона VII г. какъ спеціальнаго закона.

1) Законныя ипотеки имѣютъ по кодексу мѣсто: a) въ обезпеченіе имущественныхъ претензій жены къ мужу, на недвижимости послѣдняго; b) въ обезпеченіе претензій малолѣтнихъ и недѣеспособныхъ (interdits), изъ отношеній опеки возникающихъ, на недвижимости опекуновъ и попечителей; c) въ обезпеченіе претензій фиска, общинъ и публичныхъ учрежденій, изъ управленія имуществомъ ихъ вытекающія, на недвижимости контаблей [1]). Всѣ эти ипотеки генеральныя [2]).

2) Судебныя ипотеки имѣютъ по кодексу мѣсто: a) въ силу судебнаго приговора, постановленнаго въ результатѣ ли состязанія сторонъ тяжущихся или за неявкой стороны, окончательнаго ли или провизорнаго, если приговоръ суда снабженъ экзекуціоннымъ приказомъ обыкновеннаго суда. b) Но судебная ипотека имѣетъ мѣсто и тогда, когда передъ судомъ совершается признаніе или провѣрка подписи, сдѣланной на обязательственномъ актѣ, къ которому приложена частная печать [3]). И эти ипотеки генеральныя [4]); что особенно странно въ отношеніи второго случая; частный актъ обязательства, подтвержденный въ судѣ, даетъ больше правъ, чѣмъ автентическій актъ обязательства.

3) Договорныя ипотеки регулируются на сходныхъ съ закономъ VII г. началахъ; онѣ требуютъ теперь особаго соглашенія сторонъ, помѣщаемаго, обыкновенно, въ актѣ обязательства, ими обезпечиваемаго, и всегда имѣютъ форму спеціальныхъ, хотя-бы поражали всѣ недвижимости должника [5]).

2. Привиллегія опредѣляется кодексомъ какъ право, составляющее свойство извѣстныхъ кредитовъ и состоящее въ томъ, что привиллегированный кредиторъ предпочитается другимъ кредиторамъ, даже ипотечнымъ [6]). Позднѣе мы увидимъ, насколько не оправдывается на дѣлѣ это понятіе и насколько привиллегіи вошли въ рядъ обыкновенныхъ ипотекъ, удержавъ лишь старое названіе да кое-какія особенности.

Кодексъ знаетъ привиллегіи: 1) на движимости, 2) на недвижимости, 3) на тѣ и другія вмѣстѣ.

1) Привиллегіи на движимости, въ свою очередь, подраздѣляются: на a) привиллегіи генеральныя на движимости и в) привиллегіи на опредѣленныя движимости.

Насъ касается только первая группа привиллегій на движимости „a", такъ какъ такого рода привиллегіи своимъ существованіемъ вліяютъ на экономическое достоинство ипотекъ (ниже). Къ этой группѣ „a" относятся:

---

1) Art. 2121.

2) Art. 2122.

3) Art. 2123 п. 1 и 4, п. 2.

4) Art. 2123.

5) Ниже.

6) Art. 2095: „Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.

1°, судебныя издержки; 2°, издержки на погребеніе должника; 3°, нѣкоторыя издержки на его болѣзнь; 4°, жалованье прислугѣ за истекшій и текущій годъ; 5°, долгъ за предметы потребленія, забранные должникомъ и его семьею: въ теченіе 6 мѣс. послѣднихъ у розничныхъ торговцевъ, какъ булочниковъ, мясниковъ и т. п., и въ теченіе 1 года у хозяевъ пансіоновъ и крупныхъ торговцевъ [1]).

2) Привиллегіи на недвижимости принадлежитъ: 1°, продавцу на проданную недвижимость, по поводу недополученной продажной цѣны за недвижимость; 2°, лицамъ, ссудившимъ деньги на покупку недвижимости, въ обезпеченіе ссуды, на эту самую недвижимость; 3°, сонаслѣдникамъ на наслѣдуемыя недвижимости, въ обезпеченіе раздѣла наслѣдства или въ обезпеченіе причитающейся имъ доли наслѣдства; тоже—соучастнику въ правѣ собственности на недвижимость, на случай ея раздѣла; 4°, архитекторъ, подрядчикъ, каменщикъ и другіе рабочіе, приглашенные для выстройки, перестройки или починки строеній, каналовъ, и разныхъ другихъ работъ, получаютъ привиллегію на соотвѣтствующую недвижимость, въ обезпеченіе ихъ претензій о вознагражденіи за работы; 5°, лица, ссудившія деньги на вознагражденіе указанныхъ рабочихъ, и нѣкт. другія [2]).

3) Привиллегіи совмѣстныя на движимости и недвижимости суть тѣ же выше приведенныя генеральныя привиллегіи на движимости [3]).

II. *Возникновеніе ипотекъ и привиллегій.* Кодексъ, по-прежнему, различаетъ титулъ и запись ипотекъ и привиллегій.

1. *Титулъ ипотекъ и привиллегій.* Титуломъ ипотекъ служитъ: 1) норма права при ипотекахъ законныхъ [4]), 2) судебный приговоръ, произнесенный въ порядкѣ спорной юрисдикціи и снабженный экзекуціоннымъ судебнымъ приказомъ [5]), или—въ порядкѣ безспорномъ, когда частный договоръ, устанавливающій ипотеку, признается судомъ за безспорный, это—при судебныхъ ипотекахъ [6]); 3) договоръ, непремѣнно облеченный въ автентическую форму, т. е. совершонный передъ двумя нотаріусами или же передъ однимъ нотаріусомъ и двумя свидѣтелями [7]). Привиллегированный характеръ отношенія всегда покоится на нормѣ права.

Пространство дѣйствія этихъ титуловъ въ отношеніи имущества должника по кодексу снова напоминаетъ таковое же по закону VII г. Законная ипотека можетъ быть записана на всѣ недвижимости, какъ принадлежащія должнику въ моментъ записи, такъ и тѣ, которыя еще въ будущемъ могутъ дойти къ должнику [8]), т. е. законная ипотека имѣетъ генеральный титулъ.

---

1) Art. 2101.
2) Art. 2103.
3) 2104.
4) Art. 3117 п. 1.
5) Art. 2117 п. 2.
6) Art. 2123.
7) Art. 2117 п. 3. 2127.—Ко всему art. 2116.
8) Art. 2122.

Изъ этого правила кодексъ, отступая отъ закона VII г. въ направленіи большаго уваженія спеціалитета, устанавливаетъ исключеніе: совершающія брачный договоръ стороны могутъ согласиться, чтобы ипотека жены поражала только одно или нѣсколько точно опредѣленныхъ недвижимостей мужа, и тогда ипотека жены спеціализируется и въ титулѣ и при записи, и ограничиваетъ свое дѣйствіе точно поименованными въ брачномъ договорѣ имѣньями. Прочія же недвижимости мужа остаются свободными отъ нея какъ на случай отношеній по приданому, такъ и на случай иныхъ отношеній между супругами, обезпечиваемыхъ законной ипотекой [1]). Не допускается лишь полное исключеніе ипотеки жены на имущество мужа [2]). Равнымъ образомъ, допускается, чтобы родственники или члены фамильнаго совѣта ограничили запись ипотеки малолѣтняго на имущество опекуна опредѣленными недвижимостями [3]).

Судебная ипотека можетъ быть записана также на всѣ недвижимости, и не только наличныя, но и въ будущемъ имѣющія поступить въ собственность должника [4]). Такимъ образомъ, генералитетъ ея расширенъ кодексомъ за предѣлы, установленные закономъ VII г..

Но договорная ипотека строго спеціальна и въ титулѣ. Она можетъ быть записана только на тѣ недвижимости, которыя принадлежатъ должнику въ моментъ установленія титула, и, притомъ, точно обозначены въ отношеніи своего состава и положенія или въ автентическомъ актѣ обязательства, обезпечиваемаго ипотекой, или же въ позднѣйшемъ автентическомъ актѣ [5]). Спеціально могутъ быть поименованы и всѣ наличныя имѣнья должника, и тогда титулъ ипотеки дѣйствуетъ въ отношеніи всѣхъ ихъ. Напротивъ, будущія пріобрѣтенія принципіально не могутъ быть предметомъ договорной ипотеки [6]).

Вслѣдъ за прежними мѣрами, кодексъ вноситъ на болѣе широкихъ и точныхъ началахъ смягченія начала спеціалитета титула договорной ипотеки. Именно, если наличныя и свободныя отъ ипотекъ недвижимости должника недостаточны для обезпеченія кредита, должникъ можетъ, признавая открыто эту недостаточность, выразить свое согласіе о томъ, чтобы каждое изъ пріобрѣтаемыхъ имъ впослѣдствіи имѣній подверглось дѣйствію ипотечнаго титула, по мѣрѣ пріобрѣтенія ихъ [7]). Равнымъ образомъ, если бы наличныя имѣнья, обремененныя ипотекой, погибли или потерпѣли ухудшеніе въ такой степени, что уже стали недостаточны для обезпеченности кредитора, то кре-

---

1) Art. 2140.

2) Eod. i. f.

3) Art. 2141.

4) Art. 2123 п. 2.

5) 2129.

6) Eod.—Такимъ образомъ, кодексъ отрѣшается окончательно въ отношеніи договорныхъ ипотекъ отъ стараго начала французскаго права, по которому ипотека ipso jure слѣдуетъ изъ автентическаго акта обязательства.

7) Art. 2130.

диторъ можетъ или немедленно требовать удовлетворенія, или же восполненія ипотечнаго обезпеченія [1]).

Кодексъ провозглашаетъ и начало спеціалитета суммы ипотечныхъ требованій, но тоже съ ограниченіями. Договорная ипотека не имѣетъ вовсе силы, если не опредѣлена точно сумма обезпечиваемаго ею требованія, въ актѣ, устанавливающемъ титулъ ипотеки. Если кредитъ будетъ условнымъ въ своемъ существованіи или недетерминованнымъ въ своей величинѣ, то кредиторъ не можетъ требовать и записи ипотеки въ реэстръ, если приблизительно не установитъ размѣра его въ точной суммѣ, при чемъ должникъ можетъ требовать редукціи, если таковая имѣетъ основаніе [2]). Но законныя и судебныя ипотеки не должны быть непремѣнно детерминованы въ суммѣ: опредѣленіе суммы при этихъ ипотекахъ требуется только тогда, когда объектъ отношенія опредѣленный, и вовсе не требуется, когда этотъ объектъ условный, эвентуальный и неопредѣленный [3]).

Въ видѣ корректива генеральной природы и неопредѣленности по суммѣ законныхъ и судебныхъ ипотекъ, тяжело отражающихся на кредитоспособности лица, кодексъ устанавливаетъ при этихъ ипотекахъ редукцію ипотеки, имѣющую задачей по возможности спеціализировать ихъ въ отношешеніи объекта.

Когда законная ипотека на имущество опекуна не будетъ ограничена въ своемъ генеральномъ дѣйствіи въ актѣ, которымъ назначается опекунъ, послѣдній можетъ, если бы генеральная ипотека на его недвижимости доподлинно выходила за предѣлы вполнѣ достаточнаго обезпеченія его дѣйствій, потребовать, чтобы ипотека была ограничена недвижимостями, достаточными для полной обезпеченности малолѣтнихъ. Требованіе опекуна направляется противъ subrogé tuteur, и вопросъ о редукціи предварительно обсуждается въ семейномъ совѣтѣ [4]).

Равнымъ образомъ и супругъ можетъ, съ согласія жены, и послѣ того какъ состоялось обсужденіе вопроса четырьмя ближайшими родственниками жены, собравшимися въ семейный совѣтъ, потребовать ограниченія ипотеки достаточными для полнаго обезпеченія правъ жены недвижимостями [5]).

Приговоры по такимъ просьбамъ произносятся по выслушаніи государственнаго прокурора и состязаніи его съ просителями редукціи. Если трибуналъ рѣшитъ редукцію, всѣ прочія недвижимости освобождаются и запись ипотеки на нихъ зачеркивается [6]).

Редукція имѣетъ мѣсто и при судебной ипотекѣ, которая тоже генеральная и неопредѣленная. Условія ея подобны условіямъ редукціи законныхъ ипотекъ, т. е. излишняя и ненужная обезпеченность [7]).

---

[1]) Art. 2130.

[2]) Art. 2132.

[3]) Art. 2132 и 2148 въ связи съ 2153.

[4]) Art. 2143.

[5]) Art. 2144.

[6]) Art. 2145.

[7]) Art. 2161.

Излишними считаются записи ипотеки, поражающія нѣсколько недвижимостей, тогда какъ цѣнность одной или нѣсколькихъ, но не всѣхъ обремененныхъ недвижимостей, уже превышаетъ въ своей свободной отъ обремененія долѣ на $^1/_3$ высоту кредитовъ, обезпечиваемыхъ редуцируемой ипотекой, считая капитальную сумму и законные акцессоріи послѣдней [1]).

Компетентенъ въ обоихъ случаяхъ трибуналъ, въ округѣ коего совершена запись, за опредѣленными исключеніями [2]).

Договорная ипотека по точному предписанію закона не подлежитъ редукціи такого рода, т. е. редукціи объекта ипотеки; понятно, такъ какъ договорная ипотека спеціальная и возникаетъ по соглашенію сторонъ. Но при ней допускается иная редукція, именно: когда кредиторъ односторонне опредѣлитъ высоту недетерминованнаго требованія — условнаго, эвентуальнаго или неопредѣленнаго по природѣ—въ цѣляхъ спеціализаціи его при записи, слишкомъ значительную, не отвѣчающую обстоятельствамъ случая, и этимъ повредитъ кредитоспособности лица, — должникъ можетъ требовать редукціи суммы требованія [3]). Тутъ суду предоставляется широкое усмотрѣніе, при чемъ судъ взвѣшиваетъ обстоятельства случая, вѣроятность шансовъ и презумпціи факта, чтобы насколько возможно примирить обезпеченность кредитора и дальнѣйшую потребность должника въ кредитѣ. Но измѣненіе суммы ипотеки въ сторону повышенія ея, при наступленіи извѣстнаго событія, не должно вредить послѣдующимъ записаннымъ ипотекамъ, имѣющимъ рангъ по моменту записи [4]).

Цѣна недвижимостей, сравниваемая съ суммой кредитовъ, подлежащихъ изслѣдованію при редукціи, и съ 3-ми кредитами, опредѣляется суммой 15-кратнаго дохода, показаннаго въ кадастровыхъ книгахъ поземельнаго налога и т. п., при чемъ судъ для провѣрки можетъ привлекать и другія надежныя данныя [5]).

2. *Запись ипотекъ и привиллегій въ реестръ.* Кодексъ, подобно закону VII г., провозглашаетъ общее начало, что привиллегіи и ипотеки всѣхъ трехъ видовъ окончательно возникаютъ и получаютъ дѣйствіе только съ записью ихъ титуловъ въ ипотечные реестры [6]), въ бюро храненія ипотекъ, по мѣсту нахожденія обремененныхъ недвижимостей [7]). И дѣйствіе привиллегій и ипотекъ начинается только съ момента записи, безъ обратной силы къ

---

1) Art. 2162.

2) Art. 2161 въ связи съ 2159.

3) Art. 2163.

4) Art. 2164.

5) Art. 2165.

6) О привиллегіяхъ art. 2106: Entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription... et à compter de la date de cette inscription"; объ ипотекахъ art. 2134: „Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur dans la forme et de la manière préscrites par la loi"...

7) Art. 2146 init.

моменту возникновенія титуловъ ихъ [1]). Т. е. привиллегія, по правилу, превращается въ видъ ипотеки [2]). При записи, подобно титулу, договорныя ипотеки спеціальны, законныя и судебныя генеральны [3]).

Производство при записи по кодексу очень близко къ производству по закону VII г. Добивается записи кредиторъ [4]); должникъ уже выразилъ свою волю въ автентическомъ актѣ обязательства, или же его воля восполняется судебнымъ приговоромъ, не говоря о томъ, что она вовсе и не требуется при законной ипотекѣ. Кредиторъ предъявляетъ хранителю ипотеки автентическій актъ или судебный приговоръ, служащій титуломъ ипотеки, и прилагаетъ къ нимъ два бордеро, содержащія: 1°, имя, фамилію и мѣсто жительства кредитора, его званіе и условно избранный имъ домицилій въ округѣ нахожденія бюро храненія ипотекъ; 2°, имя, фамилію и домицилій должника, его званіе и всѣ признаки, по которымъ ипотечный чиновникъ могъ бы съ надежностью распознать его; 3°, дату и природу титула; 4°, капитальную сумму кредитовъ, установленныхъ въ ипотечномъ актѣ или опредѣляемыхъ самимъ кредиторомъ; послѣднее имѣетъ мѣсто въ случаѣ записи рентъ и періодическихъ платежей, а равно и въ случаѣ правъ эвентуальныхъ, условныхъ и неопредѣлимыхъ, разъ только законъ требуетъ опредѣленія ихъ въ точной суммѣ; бордеро указываетъ и величину акцессоріевъ, записываемаго права и время востребованія; 5°, указаніе на свойства и мѣстонахожденіе недвижимостей, обременяемыхъ привиллегіей или ипотекой [5]). При законныхъ и судебныхъ ипотекахъ требованіе п. 5° не составляетъ необходимости; если нѣтъ иного соглашенія сторонъ, такія ипотеки, въ силу одной только записи, поражаютъ всѣ недвижимости должника, находящіяся въ округѣ бюро, гдѣ ипотеки записаны [6]).

Хранитель ипотекъ отмѣчаетъ въ своемъ реэстрѣ содержаніе бордеро и возвращаетъ просителю какъ предъявленный ему актъ, такъ и одинъ бордеро, въ концѣ котораго отмѣчается фактъ записи ипотеки въ реэстръ [7]).

Кодексъ, вслѣдъ за закономъ VII г., устанавливаетъ нѣсколько упрощенное производство при записи: законныхъ ипотекъ фиска, общинъ и публичныхъ учрежденій и корпорацій на имущество контаблей, законныхъ ипотекъ малолѣтнихъ и другихъ недѣеспособныхъ на имущество опекуновъ и попечителей, и законныхъ ипотекъ жены на имущество мужей. Всѣ эти ипотеки подлежатъ записи на основаніи простого предъявленія двухъ бордеро, содержащихъ лишь: 1°, имя и т. д. и настоящій и условный домицилій кредитора; 2°, имя и т. д. и домицилій или точное обозначеніе должника; 3°, природу обезпечиваемыхъ правъ, а если права могутъ быть опредѣлены съ точностью, то

1) Art. 2106, 2134 цит. выше.
2) Ср. еще art. 2113.
3) Ниже.
4) Art. 2148 и др.
5) Art. 2148; казусъ въ art. 2149.
6) Art. 2148, п. 6.
7) Art. 2150, подробности въ art. 2152.

цѣнность права; послѣдняя не опредѣляется, когда право эвентуально, условно или неопредѣленно [1]).

Еще болѣе, чѣмъ это дѣлалъ законъ VII г., кодексъ прилагаетъ мѣры къ тому, чтобы законныя ипотеки неукоснительно записывались, хотя теперь это требуется уже въ интересѣ оборота и 3-хъ кредиторовъ, которымъ важно знать составъ ипотечнаго бремени, лежащаго на имѣньѣ, а не въ интересахъ беззащитныхъ, каковые интересы обезпечиваются въ кодексѣ иными мѣрами. Измѣняется и кругъ покровительствуемыхъ закономъ законныхъ ипотекъ. Въ то время, какъ законъ VII г. относилъ къ этому кругу и ипотеки фиска на имущество контаблей, теперь покровительствуются только ипотеки женъ и подопечныхъ [2]). Обязанность заботиться о записи ипотекъ женъ и подопечныхъ возлагается въ кодексѣ на рядъ лицъ.

1. Мужья и опекуны обязуются сдѣлать публичными ипотеки жены и подопечныхъ, обременяющія ихъ недвижимости, и въ этихъ цѣляхъ они сами должны требовать безотлагательно записи указанныхъ ипотекъ въ надлежащихъ бюро, какъ на принадлежащія имъ теперь недвижимости, такъ и на могущія принадлежать имъ въ будущемъ. Если же мужья и опекуны сдѣлаютъ упущеніе въ этомъ, а потомъ соизволятъ или допустятъ установленіе ипотекъ или привиллегій на свои недвижимости въ пользу 3-хъ лицъ и не объявятъ послѣднимъ объ имѣющихся уже незаписанныхъ ипотекахъ жены и подопечныхъ на тѣ ихъ недвижимости, — то они почитаются какъ мошенники (stellionataires) и, какъ таковые, подлежатъ уголовному преслѣдованію [3]).

2. Les subrogés tuteurs, въ свою очередь, обязаны, подъ личной отвѣтственностью и подъ страхомъ возмѣщенія всѣхъ видовъ ущерба, отъ упущенія ихъ происшедшаго кому-либо, заботиться о томъ, чтобы запись ипотекъ подопечныхъ на имущество опекуна по поводу управленія имуществомъ подопечныхъ была совершена немедленно, и даже сами могутъ потребовать означенной записи [4]).

3. Если всѣ указанныя лица все-таки сдѣлаютъ упущеніе съ записью, послѣдней можетъ требовать государственный прокуроръ, состоящій при трибуналѣ 1-й инстанціи по мѣсту домицилія мужа или опекуна или по мѣсту нахожденія имѣній тѣхъ лицъ [5]).

4. Родственники мужа или жены и родственники подопечныхъ, а, за неимѣніемъ ихъ, друзья могутъ требовать записи указанныхъ ипотекъ. Наконецъ, записи могутъ требовать и сами жены, и сами недѣеспособные [6]).

Гдѣ ипотека жены и подопечныхъ ограничивается, по соглашенію сто-

---

1) Art. 2153.

2) Это постепенное отступленіе фиска на задній планъ—явленіе общее въ исторіи вопроса. Вездѣ государство отказывается отъ своихъ привиллегій ради процвѣтанія кредита.

3) Art. 2136.

4) Art. 2137.

5) Art. 2138.

6) Art. 2139.

ронъ, опредѣленными недвижимостями, тамъ и обязанность перечисленныхъ лицъ терпитъ соотвѣтствующія ограниченія [1]).

Code civil дѣлаетъ значительное отступленіе отъ закона 7 г. въ вопросѣ объ исключеніяхъ изъ общаго начала объ обязательности записи ипотекъ и привиллегій, какъ условія ихъ дѣйствительности. Въ то время, какъ законъ VII г. освобождалъ отъ записи лишь нѣсколько маловажныхъ привиллегій, Code civil признаетъ запись не необходимой, а только желательной, помимо тѣхъ привиллегій, еще и для нѣкоторыхъ законныхъ ипотекъ. Такимъ образомъ, по кодексу не зависитъ отъ записи дѣйствіе слѣдующихъ привиллегій и ипотекъ:

1°. Судебныя издержки, издержки на погребеніе, нѣкоторыя издержки на уходъ за умирающимъ должникомъ во время его послѣдней болѣзни, жалованье прислугѣ за текущій и только что истекшій годъ, расплата за предметы потребленія, поставлявшіеся должнику и его семьѣ, и при томъ—въ теченіе 6 послѣднихъ мѣсяцевъ розничными торговцами, какъ булочниками, мясниками и т. п., и—въ теченіе 1 года хозяевами пансіоновъ и крупными торговцами [2]). Все это привиллегіи.

2°. Независимо отъ записи существуютъ и дѣйствительны также ипотеки: a) малолѣтнихъ и недѣеспособныхъ на имѣнья ихъ опекуновъ, по поводу управленія ихъ дѣлами съ момента вступленія опекуна въ свои обязанности; b) женѣ на недвижимости мужей по поводу приданаго и соглашеній между супругами, съ момента заключенія брака. Ипотека жены, обезпечивающая позднѣйшія пріобрѣтенія ея по наслѣдству или даренію, датируетъ съ момента открытія такого наслѣдства или полученія дара. Ипотека ея, обезпечивающая долги, возникшіе для нея на мужѣ изъ совершонныхъ ею съ нимъ сдѣлокъ, или обезпечивающая суммы, полученныя отъ продажи ея недвижимостей, датируетъ со дня вступленія въ долговую сдѣлку или со дня отчужденія ея недвижимостей (Но эти предписанія не затрогиваютъ уже пріобрѣтенныхъ правъ 3-хъ лицъ при дѣйствіи закона VII г. и до публикаціи кодекса) [3]).

Нѣкоторыя привиллегіи изъ подлежащихъ записи пользуются особыми легкими формами таковой.

1. Привиллегія продавца недвижимости, принадлежащая ему ради обезпеченія недополученной цѣны за проданное имѣньс, дѣйствительна безъ особой записи ея, уже въ силу транскрипціи того пріобрѣтательнаго акта, разъ только въ немъ отмѣченъ фактъ неполученія цѣны въ цѣломъ или въ части. Такъ что транскрипція пріобрѣтательнаго акта имѣетъ и значеніе записи привиллегіи въ пользу продавца [4]).

2. Привиллегія лица, ссудившаго пріобрѣтателя средствами для пріобрѣтенія недвижимости, при наличности условій, при которыхъ только она

---

[1]) Art. 2142.

[2]) Art. 2107 вмѣстѣ съ art. 2104 и 2101.

[3]) Art. 2135.

[4]) Art. 2108.

признается закономъ вообще, также не требуетъ особой еще записи; а транскрипція договора о пріобрѣтеніи недвижимости, совершонная пріобрѣтателемъ, имѣетъ значеніе записи привиллегіи въ пользу ссудившаго на предметъ пріобрѣтенія, при чемъ ссужатель третируется какъ сукцессоръ (subrogé) правъ, принадлежащихъ продавцу по тому договору. Условіями же, при которыхъ привиллегія признается, являются: 1) автентическое признаніе при займѣ того обстоятельства, что заемъ дѣлается на предметъ пріобрѣтенія недвижимости и 2) квитанція продавца, удостовѣряющая, что уплата цѣны за проданную имъ недвижимость получена имъ изъ означеннаго именно займа [1]).

Но въ обоихъ случаяхъ необязанными становятся только хлопоты сторонъ. Хранитель же ипотекъ обязанъ, подъ угрозой отвѣтственности за всѣ издержки и ущербы, которые послѣдуютъ отъ того для 3-хъ лицъ, принять мѣры къ записи ex officio въ свой реэстръ кредитовъ, вытекающихъ изъ акта перехода собственности для продавца или ссужателя на предметъ пріобрѣтенія недвижимости. Продавцы же и ссужатели, какъ лица заинтересованныя, въ свою очередь могутъ потребовать транскрипціи пріобрѣтательнаго акта, какъ имѣющей для нихъ лично значеніе инскрипціи ихъ притязаній на продажную цѣну [2]).

Нѣкоторыя привиллегіи изъ тѣхъ, которыя подлежатъ записи заботами самихъ управомоченныхъ по нимъ, имѣютъ ту льготу, что запись можетъ быть совершена не тотчасъ, безъ опасностей для дѣйствія привиллегіи: 1°. Сонаслѣдникъ и соучастникъ общаго имущества сохраняютъ свою привиллегію на имѣнья, входящія въ каждую долю наслѣдства, или на подлежащее раздѣлу имѣнье, въ обезпеченіе денежныхъ платежей, слѣдуемыхъ имъ въ возмѣщеніе недостаточности полученныхъ ими имущественныхъ долей, если только они своими заботами запишутъ свои привиллегіи въ теченіе 60 дней, считая со дня совершенія акта раздѣла или произнесенія судебнаго приговора о раздѣлѣ; и въ теченіе этихъ 60 дней никакая другая ипотека не можетъ быть записана съ пріоритетомъ передъ указанными привиллегіями [3]). 2°, кредиторы и легатаріи, требующіе separatio bonorum умершаго, пользуются въ отношеніи кредиторовъ наслѣдника или репрезентантовъ умершаго привиллегіей на недвижимости, относящіяся къ наслѣдству, если запишутъ таковую на каждое изъ наслѣдственныхъ имѣній въ теченіе 6 мѣс., считая со дня открытія наслѣдства. И тогда никакая ипотека, записанная на эти имѣнья противъ наслѣдниковъ или репрезентантовъ, не можетъ повредить указаннымъ кредиторамъ или легатаріямъ [4]). Такимъ образомъ, для этихъ привиллегій устанавливается, по исключенію, начало обратной силы записи къ моменту возникновенія основанія привиллегій.

---

1) Art. 1103 п. 2 въ связи съ 2108.
2) Art. 2108.
3) Art. 2109.
4) Art. 2111.

Наконецъ, есть привиллегіи, при которыхъ запись замѣняется разновременными отмѣтками, въ суммѣ своей дающими существенныя данныя, требуемыя отъ записи. Архитекторъ, подрядчикъ, каменщикъ и другіе рабочіе, приглашенные для выстройки, возстановленія или ремонта зданій, каналовъ и другихъ сооруженій, а равно и лица, ссудившія суммы на предметъ вознагражденія рабочихъ и уплату за матеріалы, если такое помѣщеніе занятыхъ суммъ установлено, имѣютъ привиллегію по поводу вознагражденія за работу и ссудъ, если совершатъ двоякую запись: 1°, протокола, устанавливающаго положеніе сооруженій до начала работъ, и 2°, протокола о пріемѣ выполненныхъ сооруженій. Привиллегія датируется съ момента записи перваго протокола, а сумма ея опредѣляется вторымъ протоколомъ [1]).

Первый протоколъ совершается экспертомъ, назначеннымъ ex officio трибуналомъ 1-ой инстанціи, по мѣсту положенія сооруженій, предварительно начала построекъ, и цѣлится установить состояніе построекъ до работы и отношеніе ихъ къ работамъ, выполненіе коихъ имѣется въ виду хозяиномъ; второй протоколъ составляется не позднѣе 6 мѣс. по выполненіи работъ, тоже экспертомъ, назначаемымъ ex officio. Величина привиллегіи не можетъ превысить стоимость работъ, установленную вторымъ протоколомъ; а при отчужденіи недвижимости она и вовсе сводится къ тому излишку, на который недвижимость повысилась въ цѣнѣ, благодаря возведенію построекъ [2]).

Привиллегія лицъ, ссужающихъ деньги для расплаты за работу и матеріалы, обусловливается тѣмъ, чтобы въ автентическомъ актѣ займа и въ квитанціи, выданной рабочими и поставщиками матеріаловъ, признавалось именно это помѣщеніе занятыхъ денегъ, подобно тому, какъ это предписано на случай ссуды денегъ на пріобрѣтеніе недвижимости [3]) [4]).

III. *Предметъ ипотеки.* Кодексъ и тутъ почти дословно повторяетъ законъ VII г. Предметъ ипотеки образуютъ: 1°, недвижимости, стоящія въ оборотѣ, и ихъ принадлежности, которыя признаются недвижимыми; 2°, узуфруктъ на эти имѣнья и ихъ принадлежности, на время, которое узуфруктъ существуетъ [5]). Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque [6]). Ипотека поражаетъ и всѣ улучшенія, послѣдовавшія въ заложенной недвижимости [7]).

IV. *Лица, недвижимости коихъ могутъ быть обременены ипотекой.* И этотъ вопросъ кодексъ разрѣшаетъ согласно закону VII г. Договорную ипотеку могутъ соизволить только лица, способныя отчуждать тѣ недвижимости, которыя обременяются ипотекой [8]). Ограниченія права собственности такихъ лицъ отражаются и на ипотекахъ, ими соизволенныхъ [9]). Имѣнья малолѣт-

---

[1]) Art. 2110 и 2103 п. 4.

[2]) Eod.

[3]) Art. 2103 п. 5.

[4]) См. детали ученія о записи въ art. 2146 п. 1, 2, 2149, 2155, 2156.

[5]) Art. 2118.

[6]) Art. 2119; казусъ art. 2120.

[7]) Art. 2133.

[8]) Art. 2124.

[9]) Art. 2125.

нихъ, другихъ недѣеспособныхъ и безвѣстно отсутствующихъ не могутъ быть обременяемы ипотеками иначе, какъ по причинамъ и по формѣ, установленнымъ закономъ, или по судебнымъ приговорамъ [1]).

V. *Правоотношеніе при ипотекѣ и привиллегіи.* 1. Кодексъ тутъ совершенно повторяетъ законъ VII г., только развивая вопросъ въ деталяхъ. a) Уже изъ опредѣленія ипотеки ясно, что ипотечный кредиторъ получаетъ абсолютное вещное право, въ силу котораго онъ и добивается удовлетворенія своего требованія изъ цѣны обремененной ипотекой недвижимости [2]), судебнымъ порядкомъ, въ чьихъ бы рукахъ недвижимость ни находилась, при чемъ и отчужденіе недвижимости совершается въ порядкѣ судебной публичной продажи [3]). Удовлетвореніе слѣдуетъ кредитору по порядку старшинства, принадлежащаго его ипотекѣ въ ряду другихъ ипотекъ [4]).

Когда ипотека обременяетъ нѣсколько недвижимостей, тогда, будетъ ли она генеральной или только солидарной, все равно — потечный кредиторъ имѣетъ право очерченнаго рода въ отношеніи всѣхъ недвижимостей in solidum. [5]).

b) Правоотношеніе привиллегіи, по кодексу, совершенно тождественно съ правоотношеніемъ ипотеки [6]); даже начало, что привиллегія даетъ предпочтеніе привиллегированному кредитору передъ ипотечными кредиторами, при удовлетвореніи [7]), не оправдывается другими предписаніями кодекса, лишь за нѣкоторыми исключеніями.

Кредиторъ обязуется прежде всего направить взысканіе на заложенную недвижимость [8]). И только когда онъ не будетъ удовлетворенъ изъ цѣны, вырученной отъ продажи недвижимости, имѣетъ право требовать удовлетворенія изъ прочаго имущества должника [9]).

2. Очерченное правоотношеніе нѣсколько измѣняется, когда недвижимость переходитъ въ третьи руки и когда первый собственникъ-должникъ остается лично обязаннымъ по обезпеченному ипотекой требованію.

Третій собственникъ обремененной недвижимости, если только онъ не предприметъ очистки ипотекъ и привиллегій [10]), остается, въ силу самыхъ записей этихъ правъ на пріобрѣтенныя имъ недвижимости, (а при ипотекахъ, не обязательно подлежащихъ записи, въ силу самаго факта существованія ихъ), обязаннымъ, какъ всякій держатель обремененной недвижимости, по всѣмъ ипотечнымъ долгамъ и пользуется сроками, установленными для пер-

---

1) Art. 2126.
2) Art. 2114, п. 1.
3) Ниже.
4) Art. 2166.
5) Art. 2114 п. 2.
6) Это особенно ясно изъ art. 2113.
7) Art. 2095.
8) Art. 2203.
9) Eod.
10) Ниже.

воначальнаго должника [1]). Онъ повиненъ платить всѣ созрѣлые % и капиталы, какова бы ни была ихъ сумма; или же онъ, какъ обязанный только реально, а не лично, обязанъ уступить заложенную недвижимость безъ всякихъ оговорокъ [2]). Если новый собственникъ не удовлетворитъ полностью какое-либо изъ ипотечныхъ обязательствъ, всякій ипотечный кредитъ въ правѣ потребовать судебнымъ порядкомъ продажи обремененной недвижимости, послѣ 30 дней съ момента востребованія долга, совершеннаго въ отношеніи первоначальнаго должника, и послѣ того, какъ 3-му держателю недвижимости было предложено уплатить созрѣвшій ипотечный долгъ или уступить недвижимость [3]).

Но третій держатель, лично не обязанный, имѣетъ право возраженія на требованіе кредитора о продажѣ заложенной недвижимости, если имѣются еще другія недвижимости, заложенныя за тотъ же долгъ и находящіяся въ собственности личнаго должника, и право требовать предварительнаго привлеченія послѣднихъ къ уплатѣ долга; во время привлеченія другихъ недвижимостей къ уплатѣ долга, пріостанавливается и продажа недвижимости, отчужденной должникомъ 3-му лицу [4]).

Однако, это возраженіе не допускается противъ привиллегированнаго кредитора и кредитора со спеціальной ипотекой [5]).

Оставить заложенную недвижимость можетъ всякій 3-й держатель ея, лично не обязанный и способный отчудить недвижимость [6]). Оставить ее 3-й держатель можетъ и тогда, когда онъ уже призналъ обязательство или даже допустилъ осужденіе себя на уплату ипотечнаго долга въ качествѣ 3-го держателя недвижимости. А, съ другой стороны, если 3-й держатель и оставитъ недвижимость, то, до самой адъюкаціи ея, онъ еще можетъ вернуть ее себѣ, если только уплатитъ весь ипотечный долгъ и % [7]).

Совершается оставленіе вещи (delaissement), обремененной ипотеками, въ канцеляріи трибунала, по мѣсту нахожденія недвижимости. Трибуналъ выдаетъ актъ о томъ. По требованію заинтересованнаго (наиболѣе заботливаго) къ оставленной недвижимости назначается кураторъ, противъ котораго и осу-

---

[1]) Art. 2167. „Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies, pour purger sa propriété, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme detenteur à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire“.

[2]) Art. 2168. „Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypoth'qué, sans aucune réserve“.

[3]) Art. 2169. „Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après *commendement* fait au débiteur originaire, et *sommation* faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage“.

[4]) Art. 2170.

[5]) Art. 2171.

[6]) Art. 2172.

[7]) Art. 2173.

ществляется теперь требованіе ипотечныхъ кредиторовъ о продажѣ недвижимости, по формѣ, предписанной для принудительнаго отчужденія [1]).

Если недвижимость потерпѣла ухудшеніе отъ положительнаго дѣянія или небрежности 3-го держателя и въ ущербъ ипотечнымъ кредиторамъ, 3-й держатель привлекается къ отвѣтственности по возмѣщенію ущерба. Если же 3-й держатель совершилъ улучшеніе въ недвижимости, ему возмѣщаются издержки улучшенія, но только въ размѣрахъ того излишка цѣны, который получился при отчужденіи, благодаря улучшенію [2]) [3]).

3. Изъ очерка правоотношенія ипотеки въ кодексѣ Наполеона ясно, что тамъ ипотека выступаетъ романизованной не только въ томъ отношеніи, что ипотека кодекса является всецѣло акцессорнымъ правомъ, но и въ томъ отношеніи, что кредиторъ не всегда связанъ обязанностью осуществленія своего требованія прежде всего изъ заложеннаго предмета; напротивъ, 3-й держатель заложеннаго предмета имѣетъ по кодексу, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, даже своего рода beneficium excussionis.

Но въ правѣ ипотеки Наполеонова кодекса мы встрѣчаемъ достаточно точекъ опоры и для германистическаго строенія ипотеки, если только опираться на букву закона и послѣдовать примѣру германистовъ 60-хъ и 70-хъ годовъ, старательно искавшихъ черты отличія современной ипотеки отъ римской въ самомъ существѣ первой и довольствовавшихся при этомъ самыми скромными данными.

Въ самомъ дѣлѣ,—какая разница представляется, на первый взглядъ, между римской и французской ипотекой кодекса. Въ то время, какъ въ Римѣ залоговой кредиторъ имѣлъ римское вещное право, т. е. право непосредственнаго отношенія къ вещи, и actio hypothecaria направлялась на полученіе вещи кредиторомъ въ цѣляхъ удовлетворенія кредитора путемъ самостоятельнаго отчужденія вещи, накопецъ, въ то время, какъ въ Римѣ на сторонѣ владѣльца вещи была одна только обще-правовая обязанность терпѣть воздѣйствіе залоговаго кредитора на заложенную вещь,—по кодексу Наполеона ипотека имѣетъ совершенно иное правовое содержаніе: тутъ кредиторъ какъ будто не имѣетъ непосредственнаго воздѣйствія на вещь, не имѣетъ и владѣнія вещью, исключая только случаевъ, когда онъ проситъ владѣнія для удовлетворенія изъ плодовъ вещи, не имѣетъ и права отчужденія залога своими заботами; все право его, хотя оно и вещное, какъ будто сводится, подобно древней obligation, къ одному только праву требовать отъ суда выполненія экзекуціи на недвижимость; экзекуція направляется не противъ всякаго держателя недвижимости, а противъ всякаго наличнаго собственника, а что еще характерно, это то, что владѣлецъ недвижимости, какъ таковой, отвѣчаетъ по кодексу передъ ипотечнымъ кредиторомъ, въ первую очередь, какъ будто положительнымъ дѣйствіемъ, уплатой ипотечнаго долга, и при томъ во всей суммѣ послѣдняго; только отказъ отъ заложенной вещи влечетъ прекращеніе такой отвѣтственности.

---

[1]) Art. 2174.

[2]) Art. 2175.

[3]) Подробности въ art. 2176—2179.

Эта отвѣтственность и ея осуществленіе, характеризуясь всѣми чертами обязательственной отвѣтственности, если только согласиться съ перечисленными посылками, будетъ отличаться отъ послѣдней тѣмъ, что существуетъ для отвѣтчика черезъ обладаніе заложенной недвижимости и падаетъ съ послѣднимъ. А, съ другой стороны, осуществленіе ея совершается черезъ лицо владѣльца заложенной недвижимости, хотя конечный эффектъ ея— экзекуція недвижимости. Обязанность къ положительному дѣйствію, къ уплатѣ ипотечнаго долга, какъ будто не является, по кодексу, и благоволеніемъ, повиновеніе которому избавляетъ владѣльца отъ неминуемой экзекуціи на недвижимость, напротивъ, это какъ будто обязанность первостепенная (obligé), и лишь неисполненіе ея находитъ завершеніе въ экзекуціи на заложенную недвижимость. Эта обязанность не есть и лично-долговая, ибо 3-й держатель заложенной вещи открыто предполагается неотвѣтственнымъ по личному долговому требованію. Наконецъ, стороны именуются „ипотечный кредиторъ" и „ипотечный должникъ". Отсюда, если послѣдовать германистамъ 60-хъ и 70-хъ гг., ипотека Наполеонова кодекса должна быть опредѣлена точнѣе какъ германское вещное право, имѣющее своимъ содержаніемъ требованіе уплаты ипотечнаго долга противъ всякаго наличнаго собственника недвижимости и осуществляемое, подобно всѣмъ требованіямъ, въ порядкѣ экзекуціи, а такъ какъ это есть право вещное,—то въ порядкѣ экзекуціи на отвѣтственный предметъ, заранѣе указанный соглашеніемъ сторонъ. Отъ древней obligation она отличается тѣмъ, что она есть уже матеріальное вещное право, а не только экзекуціонное состояніе, и есть акцессорное право,— и этой трансформаціей она обязана римскому праву; отъ римской ипотеки она отличается тѣмъ, что она есть право на дѣйствіе, есть требованіе, хотя и вещное,—и этимъ она обязана германскому правовоззрѣнію, прообразу Reallasten [1]).

Германистической конструкціи современной ипотеки нельзя отказать въ остроуміи и послѣдовательности, стоитъ только положиться на букву закона. Но и сомнѣній она вызываетъ немало. Непонятнымъ, прежде всего, является то, откуда и по какимъ причинамъ въ современномъ правѣ возникло движеніе въ сторону организаціи ипотеки на началѣ Realobligation, когда эта организація по своимъ практическимъ послѣдствіямъ ровно ничѣмъ не отличается отъ романизованной ипотеки времени рецепціи, представлявшей собою строго вещное право, лишь осуществлявшееся въ порядкѣ судебной экзекуціи. Ибо какъ та, такъ и другая ипотека сводятся, при осуществленіи, къ одной только экзекуціи на недвижимость. Даже осужденный къ уплатѣ ипотечнаго требованія собственникъ заложенной недвижимости во всей суммѣ ипотечнаго требованія не отвѣчаетъ ничѣмъ инымъ, какъ только обремененной недвижимостью, и даже осужденный соб-

---

1) См. Meibom, Das Meckl. HR. § 4, Regelsberger, Das Bayr. HR § 10, Dernburg, Das Preuss. HR § 35; ср. Sohm, въ Grünhuts-Zeitschrift V. стр. 1 и слѣд. Отчасти—Кассо. Понятіе залога въ современномъ правѣ.

ственникъ можетъ покинуть недвижимость во всякій моментъ. Отсюда, приговоръ надъ его личностью является практически безплоднымъ. Но если мы не находимъ объясненія новшеству кодекса въ практическихъ свойствахъ ипотеки, какъ Realobligation,—то мы не встрѣтимъ его и въ какихъ-либо историческихъ теченіяхъ. Правообразующая мысль въ эпоху созданія Наполеонова кодекса была всецѣло романизованной, никакого воспоминанія о національныхъ средневѣковыхъ правовыхъ образованіяхъ мы не находимъ въ матеріалахъ къ кодексу. А дѣйствовавшее право, какъ уже сказано, было романизовано.

Все это и заставляетъ насъ, по крайней мѣрѣ, предполагать, что „обязанность 3-го собственника къ уплатѣ ипотечнаго долга“ означаетъ въ кодексѣ не обязанность къ положительному дѣйствію, непонятно, откуда почерпнутую творцами кодекса, а старую обязанность терпѣть воздѣйствіе кредитора на вещь, лишь не точно выраженную кодексомъ. Подобныхъ неточностей въ новѣйшихъ ипотечныхъ законахъ мы встрѣчаемъ очень много и объясняются онѣ новизною общей постановки ипотечнаго права, а особенно свойствами ипотечнаго режима, при которомъ ипотека чаще всего возникаетъ съ записью существенныхъ пунктовъ обезпечиваемаго ею личнаго требованія въ ипотечную книгу, благодаря чему и въ теоріи укоренилось выраженіе „ипотечное требованіе“ въ примѣненіи къ ипотекѣ, хотя бы теоретикъ и признавалъ ипотеку за строго вещное право. Отсюда, все, что есть долгового въ ипотекѣ кодекса, это есть лишь та общая, больше экономическая, чѣмъ правовая идея долга, которая ничѣмъ не вскрывается въ организаціи ипотеки, но, по бытовому воззрѣнію, кроется въ послѣдней, ибо въ жизни ипотека служитъ кредиту [1]). Отсюда, какъ только собственникъ, лицо имѣетъ лишь право, а не обязанность удовлетворить ипотечныхъ кредиторовъ полностью, если не хочетъ, чтобы его недвижимость подверглась нападенію со стороны ипотечныхъ кредиторовъ. А то обстоятельство, что ипотечный кредиторъ не можетъ самолично воздѣйствовать на вещь, а долженъ обратиться къ судебной помощи,—дѣйствительно, отличаетъ современную ипотеку отъ римской; но это было извѣстно съ самой эпохи рецепціи, и само по себѣ это не имѣетъ рѣшающаго значенія для конструкціи ипотеки [2]). А разъ экзекуція является формой осуществленія права ипотеки, она съ необходимостью направляется противъ собственника недвижимости. Послѣднее направленіе дано съ экзекуціей.

Но право кредитора не сводится теперь и къ одной только экзекуціи. Оно лишь осуществляется въ послѣдней, содержаніе же его обширное. Подводя итоги сказанному, мы и должны, пока для ипотеки Наполеонова кодекса, признать, что эта ипотека не носитъ въ себѣ ничего внезапнаго, новаго и неожиданнаго, сравнительно съ ипотекой эпохи рецепціи,—и лишь въ той же

---

[1]) Только въ этомъ смыслѣ Дернбургъ и оставляетъ идею долга въ ипотекѣ Германскаго Уложенія, открыто отказавшагося, кстати сказать, отъ германистическаго ея строенія. (См. очерк. Уложенія).

[2]) Ср., между прочимъ, Kohler, Pfandrechtliche Forschungen.

мѣрѣ она представляетъ черты германской obligation и римской hypotheca, въ какой это было извѣстно французскому праву съ самаго начала эпохи рецепціи, именно: общая сущность ипотеки—римская (абсолютное вещное право, поражающее вещь въ ея цѣновомъ моментѣ), осуществленіе ея и вся конкретная постановка, особенно организація оборота ея,—германскія, современныя. Все сказанное, безъ остатка, относится, конечно, и къ ипотекѣ на самого себя, извѣстной декрету 9 mess., ибо природа ипотеки не зависитъ отъ того, является она акцессоріемъ или самостоятельнымъ правомъ [1]).

Я умышленно коснулся германистическаго ученія въ примѣненіи къ кодексу, чтобы показать, насколько это ученіе шатко. На примѣрѣ кодекса слабость его особенно сказывается, а между тѣмъ для германскихъ правъ германисты чаще всего имѣютъ не больше данныхъ для оправданія своего ученія, чѣмъ для кодекса, какъ это мы и увидимъ своевременно.

VI. *Рангъ и порядокъ ипотекъ и привиллегій* регулируется въ кодексѣ съ значительными отступленіями отъ закона VII г. и крайне запутанъ. Основное начало, которымъ опредѣляется порядокъ какъ между ипотеками, такъ и между привиллегіями,—это начало записи ипотекъ и привиллегій. Моментъ записи и есть моментъ, опредѣляющій рангъ ипотекъ и порядокъ привиллегій [2]), и это не только внутри той и другой группы—т. е. внутри привиллегій особо и внутри ипотекъ особо, но и въ отношеніяхъ привиллегій и ипотекъ другъ къ другу [3]). Ипотечные кредиты, записанные въ одинъ день, имѣютъ и одинъ рангъ, и не имѣетъ значенія то обстоятельство, что ипотеки записаны до или послѣ полудня, хотя-бы чиновникъ и отмѣтилъ въ записи часъ дня [4]).

---

[1]) Кассо, напротивъ, ставитъ въ тѣсную внутреннюю связь самостоятельность ипотеки и ея свойство, какъ права на положительное дѣйствіе со стороны должника. Но ученіе Кассо отличается и отъ ученія германистовъ. По мнѣнію Кассо, отличіе современной ипотеки отъ римской—въ томъ, что въ современномъ правѣ предоставленіе залога влечетъ утрату искомости по личному требованію, обезпеченному залогомъ; а въ то же время лично-долговой моментъ привходитъ въ самое ипотечное отношеніе.

Провѣрка взгляда Кассо будетъ дана нами попутно, по мѣрѣ развитія ученія о строеніи ипотеки въ разныхъ современныхъ законодательствахъ. Здѣсь же напередъ замѣчу, что 1) мы не встрѣчаемъ въ современномъ правѣ по указанному пункту различія между законодательствами, по которымъ ипотека является акцессорной, и такими, по которымъ она является самостоятельной; 2) мы не знаемъ, чтобы установленіе ипотеки влекло утрату искомости для личнаго обязательства, кромѣ рѣдкихъ случаевъ изъ ср. в. в., въ современномъ правѣ, напротивъ, самостоятельная ипотека съ самаго своего возникновенія чаще всего не предполагаетъ вовсе наличности личнаго требованія, 3) и эта современная самостоятельная ипотека часто открыто признается строго вещнымъ правомъ. 4) Обязательственный моментъ ипотечнаго права, если-бы даже его допустить, по существу своему имѣетъ иную природу, чѣмъ долговое отношеніе, обезпечиваемое ипотекой. Послѣднее даетъ кредитору право осуществленія его на все имущество должника, тогда какъ первый всецѣло ограничивается экзекуціей на заложенную недвижимость. Вотъ почему акцессорная ипотека и борется съ такимъ успѣхомъ съ самостоятельной ипотекой.

[2]) Art. 2134, 2106.

[3]) Art. 2106, 2113, 2109—2111.

[4]) Art. 2147.

Но это основное начало терпитъ рядъ исключенiй и модификацiй.

1. *Исключенiя.* Мы уже знаемъ, что существуетъ рядъ ипотекъ и привиллегiй, или не подлежащихъ вовсе записи, или же въ своемъ дѣйствiи не зависящихъ отъ записи ихъ.

Изъ привиллегiй такими являются генеральныя привиллегiи на движимости, или, что то же, привиллегiи общiя движимостямъ и недвижимостямъ. Эти привиллегiи занимаютъ первое мѣсто при удовлетворенiи изъ недвижимости, впрочемъ настолько, насколько онѣ не удовлетворены изъ движимостей [1]).

Изъ ипотекъ такими являются ипотеки жены и подопечныхъ. Ихъ рангъ опредѣляется моментомъ возникновенiя того отношенiя, которое обезпечивается ими [2]).

2. *Модификацiи.* Таковыя, какъ намъ извѣстно, установлены въ кодексѣ для записи привиллегiй, спецiально относящихся до недвижимостей [3]). Для вопроса о рангѣ привиллегiй имѣютъ значенiе модификацiи при записи привиллегiй: 1) сонаслѣдника на наслѣдственное имѣнье, 2) соучастника общей собственности на подлежащее раздѣлу имѣнье, 3) кредиторовъ и легитарiевъ на наслѣдство, принимаемое съ beneficium inventarii. Запись этихъ привиллегiй, совершонная при первыхъ двухъ изъ нихъ въ теченiе 60 дней, а при третьей—въ теченiе 6 мѣсяцевъ, имѣетъ обратную силу къ моменту возниковенiя обезпечиваемаго привиллегiей состоянiя, и рангъ ихъ опредѣляется возникновенiемъ этого состоянiя; хотя-бы за указанные сроки въ 60 дней или 6 мѣс. и послѣдовала запись другихъ ипотекъ, послѣднiя уступаютъ тѣмъ привиллегiямъ [4]).

Такимъ образомъ, въ итогѣ получается крайне пестрая картина, гдѣ общее начало записи, какъ рѣшающее вопросъ о порядкѣ привиллегiй и ипотекъ, прорѣзывается въ различныхъ направленiяхъ еще довольно значительными исключенiями [5]).

Общую схему распорядка ипотекъ и привиллегiй по кодексу можно выразить лишь двумя положенiями: 1. Первое мѣсто при удовлетворенiи всегда принадлежитъ генеральнымъ привиллегiямъ на недвижимости. 2) За ними идутъ въ перемежку всѣ привиллегiи и ипотеки по порядку момента возникновенiя ихъ, при чемъ при однѣхъ это будетъ моментъ записи, при другихъ же—моментъ наступленiя отношенiя, обезпечиваемаго ипотекой или привиллегiей, и, далѣе, при однѣхъ—запись обыкновенная, при другихъ—модифицированная.

---

[1]) Art. 2105 въ связи съ art. 2104 и 2101.

[2]) Art. 2135.

[3]) Art. 2103.

[4]) Выше.

[5]) Не говорю уже о недостаткахъ редакцiи и ея неточностяхъ, могущихъ ввести юриста въ сомнѣнiе, какъ, напр., art. 2103 при наличности art. 2106, 2108 и 2113 въ ихъ совокупности, или—art. 2105 п. 2 при наличности art. 2106—2113, или art. 2096 и 2097.

Въ концѣ-концовъ ипотечная книга не даетъ представленія о мѣстѣ, которое займетъ установленная въ данный моментъ ипотека при удовлетвореніи ея въ ряду другихъ ипотекъ и привиллегій. А это уже коренной недостатокъ ипотечной системы.

По мѣсту ипотеки удовлетворяется и %'ое требованіе въ размѣрѣ %'а за текущій годъ и недоимки за 2 истекшихъ года. Если же недоимка обезпечена особой ипотекой въ суммѣ, превышающей означенную величину, она имѣетъ свой особый рангъ [1]).

VII. *Уступка ипотекъ и привиллегій* не регулируется кодексомъ спеціально; но изъ косвенныхъ упоминаній кодекса мы узнаемъ, что она облекается въ автентическую форму [2]), записи не подлежитъ [3]) и даетъ ипотечному цессіонарію, какъ цессіонарію привиллегіи, всѣ тѣ права, какія имѣлъ цедентъ („en lieu et place“) [4]). Отсюда ясно, что кодексъ не признаетъ начала fides publica ипотечнаго реэстра для ипотечныхъ отношеній. 3-й добросовѣстный пріобрѣтатель ипотеки не защищенъ отъ возраженій па ипотеку, и въ его рукахъ ипотека такъ же точно оспорима, какъ и въ рукахъ перваго ея пріобрѣтателя, изъ всѣхъ матеріальныхъ и формальныхъ основаній, сопровождавшихъ возникновеніе или дальнѣйшее существованіе ея. Впрочемъ, этотъ недостатокъ fides p. свойственъ и закону VII г. и несвойственъ лишь закону III г., им. его ипотекѣ на самого себя. И этотъ недостатокъ — существенный для интересовъ реальнаго кредита.

Но кодексъ отступаетъ назадъ, сравнительно съ закономъ VII г., въ томъ отношеніи, что эвикція вещи влечетъ по кодексу прекращеніе ипотекъ, установленныхъ лицомъ, у котораго вещь эвинцирована,—чего законъ VII г. уже открыто не допускалъ.

VIII. *Прекращеніе ипотеки и привиллегіи*. Кодексъ, подобно декрету III г. и нѣсколько отступая отъ закона VII г., трактуетъ отдѣльно о двухъ моментахъ прекращенія ипотекъ и привиллегій: 1) наступленіи матеріальнаго основанія къ прекращенію и 2) погашеніи по книгѣ. При чемъ, первое и носитъ названіе прекращенія [5]), тогда какъ второе—вычеркиванія [6]).

1. Ипотеки и привиллегіи прекращаются: 1°, съ прекращеніемъ главнаго обязательства, ими обезпечиваемаго; 2°, съ отказомъ кредитора отъ ипотеки; 3°, съ очисткой ипотекъ и привиллегій; 4°, давностью — погасительной въ пользу личнаго должника, держателя недвижимости, и пріобрѣтательной въ пользу 3-го держателя недвижимости [7]). Первые два и четвертый случаи регулируются общими началами гражданскаго права, третій же случай выдѣляется въ особое ученіе объ очисткѣ.

---

[1]) Art. 2151.
[2]) Art. 2152.
[3]) Этого кодексъ нигдѣ не требуетъ.
[4]) Art. 2152, 2112.
[5]) Кн. III т. XVIII г. VI.
[6]) Eod. гл. V.
[7]) Art. 2180.

2. Погашеніе въ реэстрѣ (radiation) слѣдуетъ на основаніи соглашенія заинтересованныхъ сторонъ, имѣющихъ способность на совершеніе такого соглашенія, или же въ силу судебнаго приговора, послѣдовавшаго спеціально по дѣлу о погашеніи или же по спору иного рода, приведшему судъ къ постановленію о погашеніи записи [1]). Въ обоихъ случаяхъ лица, требующія погашенія записи, предъявляютъ въ судъ копію съ автентическаго акта, содержащаго соглашеніе, или судебный приговоръ [2]).

Требованіе погашенія въ случаѣ, когда не состоялось добровольное соглашеніе о томъ, предъявляется въ трибуналъ округа, въ вѣдомствѣ коего совершена запись, за нѣкоторыми точными исключеніями [3]).

Погашеніе записи предписывается приговоромъ суда въ случаѣ: когда запись совершена безъ основанія, указаннаго закономъ, и безъ титула, или когда она послѣдовала на основаніи неправильнаго или прекратившагося или удовлетвореннаго титула, или тогда, когда привиллегія или ипотека прекратились однимъ изъ законныхъ способовъ [4]).

Кодексъ, наконецъ, усвоилъ начало закона VII г., что запись теряетъ силу ipso jure по истеченіи 10 л., если не возобновлена [5]).

IX. *Очистка привиллегій и ипотекъ* усваивается и кодексомъ и регулируется различно для ипотекъ, запись которыхъ обязательна, и для ипотекъ, дѣйствіе коихъ не зависитъ отъ записи.

1. Договоры, которыми передается право собственности на недвижимости, или на недвижимыя вещныя права, если пріобрѣтатели пожелаютъ очистить послѣднія отъ ипотекъ и привиллегій, должны быть полностью записаны (transcrits) хранителемъ ипотекъ, въ округѣ вѣдомства котораго находятся недвижимости. Транскрипція эта заносится въ предназначенный для того реэстръ, и хранитель выдаетъ удостовѣреніе о томъ просителю [6]). Но простая транскрипція передаточныхъ актовъ собственности въ реэстръ хранителя ипотекъ еще не очищаетъ ипотекъ и привиллегій, обременяющихъ пріобрѣтенныя недвижимости. Отчуждатель передаетъ пріобрѣтателю лишь тѣ полномочія, которыя самъ имѣлъ на недвижимость, и съ тѣми же обремененіями, которыя лежали на недвижимостяхъ, когда онѣ были въ рукахъ отчуждателя [7]). И если новый собственникъ желаетъ обезпечить себя отъ послѣдствій actio hypothecaria кредиторовъ отчуждателя [8]), онъ обязанъ еще или до открытія преслѣдованій его со стороны такихъ ипотечныхъ кредиторовъ, или же, самое позднее, въ теченіе 1 мѣс., считая со дня перваго обращеннаго къ нему тре-

---

[1]) Art. 2157.

[2]) Art. 2158.

[3]) Art. 2159.

[4]) Art. 2160.

[5]) Art. 2154. Нѣкоторыя подробности въ art. 2146. —10 лѣтъ дѣйствія записи, какъ видно изъ преній въ Госуд. Сов., установлены въ виду безпорядочной системы реэстровъ.

[6]) Art. 2181.

[7]) Art. 2182.

[8]) Гл. VI т. XVIII кн. III.

бованія, сообщить кредиторамъ по условному ихъ домицилію: 1°, извлеченіе изъ передаточнаго акта, содержащее дату и свойства акта, имя и точное обозначеніе отчуждателя, природу и положеніе отчужденной ему недвижимости; если дѣло идетъ о совокупности недвижимостей,—то указывается лишь общее наименованіе цѣлаго и округа, въ которыхъ располагается совокупность недвижимостей; далѣе указывается цѣна недвижимости и обремененія, зачисленныя въ продажную цѣну или оцѣнку недвижимости, если таковая имѣла мѣсто; 2°, извлеченіе изъ транскрипціи акта продажи; 3°, таблицу въ три колонны, изъ которыхъ первая должна содержать дату ипотекъ и записей ихъ; вторая—имена кредиторовъ; третья—сумму записанныхъ кредитовъ [1]. Въ томъ же актѣ пріобрѣтатель заявляетъ, что онъ готовъ немедленно удовлетворить долги и ипотечныя требованія, но только въ размѣрѣ цѣны, уплаченной имъ за недвижимость, или цѣны, въ которую онъ (въ случаѣ даренія) оцѣниваетъ вещь и при томъ, безъ различія зрѣлыхъ и еще не созрѣлыхъ требованій [2].

Разъ новый собственникъ совершилъ такое оповѣщеніе въ установленный для того срокъ, всякій кредиторъ, чей титулъ записанъ, можетъ потребовать продажи недвижимости съ публичнаго торга,—но на слѣдующихъ условіяхъ: 1°. Требованіе послѣдняго рода должно быть сообщено новому собственнику въ теченіе 40 дней, самое позднее, считая съ момента извѣщенія кредиторовъ, послѣдовавшаго по просьбѣ новаго собственника, присчитывая сюда еще извѣстный поверстный срокъ на разстояніе, отдѣляющее условный домицилій отъ дѣйствительнаго домицилія кредитора. 2° Требованіе это должно указывать готовность даннаго кредитора отвѣчать за повышеніе цѣны на торгахъ на $^1/_{10}$ противъ цѣны, уплаченной пріобрѣтателемъ за имѣнье или установленной имъ въ сообщеніи, сдѣланномъ кредиторамъ. 3°. Подобное же оповѣщеніе кредиторъ долженъ совершить и предшественнику-собственнику недвижимости, первоначальному должнику. 4°. Подлинный и копіи съ акта оповѣщенія подписываются кредиторомъ, требующимъ продажи недвижимости съ торговъ, или его прокураторомъ, прилагающимъ, въ такомъ случаѣ, и копію съ полномочнаго акта. 5°. Кредиторъ обязуется представить достаточную cautio, обезпечивающую имущественныя послѣдствія принятаго имъ шага. Все это требуется подъ страхомъ ничтожности требованія кредиторомъ публичной продажи [3].

Если кредиторы не потребуютъ своевременно и по формѣ публичной продажи недвижимости,—то цѣна недвижимости остается окончательно фиксированной въ размѣрѣ, означенномъ въ пріобрѣтательномъ актѣ или въ оцѣнкѣ, данной пріобрѣтателемъ (случай даренія), и этотъ послѣдній освобождается отъ всѣхъ привиллегій и ипотекъ, обременяющихъ недвижимость.

---

[1]) Art. 2183.
[2]) Art. 2184.
[3]) Art. 2185.

если только уплатитъ такую цѣну кредиторамъ (по порядку ихъ ипотекъ) или если депонируетъ ее [1]).

Если же дѣло дойдетъ до публичной продажи недвижимости по требованію кредиторовъ вышеуказаннаго рода,—то такая продажа совершается по правиламъ о принудительномъ отчужденіи, заботами потребовавшаго ея кредитора или и новаго собственника. Добивающійся продажи указываетъ въ афишахъ цѣну, условленную въ договорѣ купли или установленную самимъ пріобрѣтателемъ, и тотъ прибавокъ, за который обязался отвѣчать кредиторъ, въ ожиданіи успѣха публичной продажи [2]).

Пріобрѣтатель съ публичнаго торга обязуется, сверхъ цѣны имѣнья, возстановить лишенному владѣнія пріобрѣтателю издержки, совершонныя имъ на заключеніе договора о пріобрѣтеніи собственности, транскрипцію и хлопоты по перепродажѣ [3]).

Если пріобрѣтатель по договору купли или даренію удержитъ за собою недвижимость, давъ и на торгахъ высшую цѣну за нее—онъ не нуждается болѣе и въ транскрипціи приговора о присужденіи ему недвижимости на торгахъ [4]).

Отказъ кредитора, потребовавшаго торговъ, не пріостанавливаетъ послѣднихъ, даже если бы кредиторъ внесъ ту $^1/_{10}$ долю, за которую онъ отвѣчаетъ; но согласіе всѣхъ ипотечныхъ кредиторовъ на отказъ влечетъ прекращеніе производства [5]).

Пріобрѣтатель по договору, оказавшійся и адъюдикатаріемъ на торгахъ, имѣетъ регрессъ къ продавцу въ размѣрѣ суммы, на которую данная на торгахъ цѣна превышаетъ установленную въ договорѣ о пріобрѣтеніи цѣну, а также—интереса, излишняго противъ договорнаго, начиная со дня каждаго платежа [6]).

2. *Способы очистки ипотекъ въ случаѣ, когда ипотеки не записаны на недвижимости мужей и опекуновъ.*

Пріобрѣтатели недвижимостей, обремененныхъ незаписанными ипотеками въ пользу женъ и недѣеспособныхъ, въ цѣляхъ очистки такихъ ипотекъ [7]), представляютъ копію съ пріобрѣтательнаго акта въ канцелярію гражданскаго трибунала по мѣсту нахожденія недвижимости и оповѣщаютъ по формѣ, съ одной стороны, жену или subrogé tuteur, а съ другой—государственнаго прокурора, состоящаго при трибуналѣ, о совершонномъ ими предъявленіи въ трибуналъ копіи пріобрѣтательнаго акта.

Извлеченіе изъ пріобрѣтательнаго акта, содержащее дату послѣдняго, имена и фамиліи, званія и домицилій договорившихся о переходѣ собствен-

---

1) Art. 2186.
2) Art. 2187.
3) Art. 2188.
4) Art. 2189.
5) Art. 2190.
6) Art. 2191. Детали въ art. 2192.
7) Art. 2193.

ности сторонъ, обозначеніе природы и положенія имѣній, цѣны и другихъ условій пріобрѣтенія, афишируется и афиша остается наклеенной въ аудиторіи трибунала въ теченіе 2-хъ мѣс. Въ теченіе этого срока жены, мужья, опекуны, subrogés tuteurs, малолѣтніе, недѣеспособные (interdits), родственники или друзья, и государственный прокуроръ приглашаются: одни—требовать, другіе—совершить въ бюро храненія запись ипотекъ на отчужденную недвижимость; эта запись имѣетъ такое же дѣйствіе, какъ если бы она воспослѣдовала въ день совершенія брака или вступленія опекуна въ свои обязанности,—т. е. въ день возникновенія обезпечиваемаго ипотеками отношенія. Однако, этимъ не отмѣняется преслѣдованіе мужей и опекуновъ какъ мошенниковъ (stellionataires), разъ только они установили 3-мъ лицамъ ипотеку, не открывъ имъ о существованіи законныхъ незаписанныхъ ипотекъ [1]).

Если въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ, пока вывѣшено извлеченіе изъ пріобрѣтательнаго акта, не будетъ совершено записи ипотеки со стороны женъ и подопечныхъ на отчужденныя недвижимости, послѣднія переходятъ къ пріобрѣтателю безъ всякаго бремени въ пользу жены и подопечныхъ; послѣднимъ остается только искъ къ мужу и опекуну. Если же запись и послѣдовала со стороны женъ и подопечныхъ, но если есть старѣйшіе ипотечные кредиты, чѣмъ притязанія женъ и подопечныхъ, поглощающіе цѣну въ цѣломъ или въ части, пріобрѣтатель все равно освобождается отъ выдачи цѣны или доли цѣны женамъ и подопечнымъ, разъ онъ уже выдалъ эту цѣну или долю цѣны другимъ кредиторамъ, ипотеки которыхъ входятъ въ число удовлетворимыхъ (en ordre utile); записи ипотекъ въ пользу женъ и подопечныхъ зачеркиваются или во всей суммѣ, или въ долѣ, уже уплаченной пріобрѣтателемъ другимъ кредиторамъ. Если же записи въ пользу женъ и малолѣтнихъ оказываются наистарѣйшими, то пріобрѣтатель не можетъ совершить платежа цѣны въ ущербъ этимъ записямъ; тогда зачеркиваются записи другихъ ипотекъ, на долю которыхъ изъ цѣны недвижимости уже ничего не приходится [2]).

X. *Осуществленіе ипотеки* совершается въ общемъ порядкѣ экзекуціи на недвижимости, по требованію кредитора, какого бы ранга онъ ни былъ; но требованіе это имѣетъ мѣсто лишь спустя 30 дней послѣ востребованія долга (commandement), совершоннаго кредиторомъ въ отношеніи первоначальнаго должника, а если недвижимость перешла въ 3-ьи руки, то—и востребованія (sommation), совершоннаго въ отношеніи 3-го держателя недвижимости объ уплатѣ созрѣлаго долга или оставленіи недвижимости [3]).

Экзекуція на недвижимости въ кодексѣ значительно смягчается, сравнительно съ революціонными законами, особенно декретомъ 9 mess. По кодексу, допускается и удовлетвореніе кредитора изъ плодовъ и доходовъ отъ недвижимости, если этотъ способъ сулитъ удовлетвореніе кредитора въ те-

---

[1]) Art. 2194.
[2]) Art. 2195.
[3]) Art. 2169.

ченіе 1 г. (art. 2212). Въ остальномъ производство регулируется въ code de proc. civ. и характеризуется современными чертами.

XI. *Пріобрѣтеніе права собственности.* Какъ таковое, пріобрѣтеніе собственности не связывается какой-либо транскрипціей и совершается въ силу автентическаго договора [1]); только дареніе недвижимостей, способное къ обремененію ипотеками, подлежитъ транскрипціи, которая какъ бы замѣняетъ прежнюю инсинуацію, исчезнувшую въ кодексѣ [2]).

Но въ виду ипотекъ и ради очистки недвижимости отъ ипотекъ, какъ мы уже знаемъ, требуется транскрипція пріобрѣтательнаго акта при обремененныхъ ипотеками и привиллегіями имѣньяхъ [3]). Эта транскрипція и вовсе не была проникнута началомъ приблицитета, вообще слабо проведеннаго въ кодексѣ. Она не была и обязательна для пріобрѣтателя, а только составляла его право, если пріобрѣтатель желалъ воспользоваться имъ, чтобы очистить имѣнье отъ ипотекъ [4]).

Такимъ образомъ, и на вопросъ о легитимаціи книжнаго собственника на распоряженіе надвижимостью вообще и на установленіе ипотекъ на недвижимости въ частности, а тѣмъ болѣе на вопросъ объ обязательности распоряженій книжнаго собственника для матеріальнаго собственника,—кодексъ даетъ отрицательный отвѣтъ и этимъ возвращается къ до-революціонному правообразованію. При обсужденіи кодекса въ Госуд. Совѣтѣ Treilhard предлагалъ оставить за транскрипціей значеніе, принадлежавшее ей по закону VII г. Но Tronchet возсталъ противъ подчиненія переходовъ собственности началу публицитета, мотивируя, что это было бы посягательствомъ на собственность (désastreuse par ses conséquences attantatoire au droit de propriété), ибо тогда двадцатилѣтній владѣлецъ недвижимости былъ бы вынужденъ уступить мѣсто новичку, если только послѣдній совершитъ транскрипцію своего пріобрѣтенія. Наполеонъ боялся мобилизаціи недвижимостей, которая казалась ему нездоровой экономической системой. Вопросъ о болѣе тонкомъ различіи дѣйствія публичной транскрипціи для отношеній ипотечнаго оборота и для всего вотчиннаго оборота не затрогивался и въ результатѣ полнаго паденія транскрипціи получилось, что эвикція недвижимости влечетъ гибель и записанныхъ ипотекъ, установленныхъ не настоящимъ собственникомъ, т. е. получился подрывъ всему ипотечному режиму. Съ другой стороны, тамъ, гдѣ транскрипція требуется, она или совсѣмъ не нужна, такъ какъ не имѣетъ никакого практическаго значенія [5]), или неправильно выдвинута въ виду ея незначительности [6]).

---

[1]) Art. 1582, 83 и др.

[2]) Art. 931, 939 и слѣд.

[3]) Кн. III т. XVIII гл. VIII и IX.

[4]) Особ. ясно изъ art. 2181.

[5]) Ср. Besson, стр. 98—107.

[6]) См. art. 2180.—Code de proc. civil. art. 834 совершаетъ другую непослѣдовательность, допуская запись ипотекъ предшественника по собственности на преемника въ теченіе 5 дней, но тоже не исключая ея въ случаѣ транскрипціи.

XII. *Формальное ипотечное право* [1]) регулируется кодексомъ въ духѣ закона VII г., но отрывочно, очевидно въ предположенiи того, что существующая по закону VII г. 21 Ventose организацiя остается и впредь дѣйствительной. Упоминанiя заслуживаетъ лишь старое нелѣпое начало, усвоенное и кодексомъ, что пропущенная въ справкѣ, выдаваемой хранителемъ ипотекъ прiобрѣтателямъ недвижимостей, ипотека или привиллегiя прекращаетъ свое дѣйствiе въ отношенiи прiобрѣтателя, но сохраняетъ таковое въ отношенiи недоплаченной цѣны за недвижимость, при добровольномъ отчужденiи, и въ отношенiи выручки на торгахъ, пока порядокъ распредѣленiя не завершенъ, при принудительномъ отчужденiи; нечего и говорить, что какъ чиновникъ, такъ и личный должникъ отвѣтственны передъ ипотечнымъ кредиторомъ [2]). Это начало имѣетъ въ виду, очевидно, интересы очистки и не можетъ служить исходнымъ пунктомъ для какого-либо построенiя publica fides книгъ или извлеченiй вообще для системы кодекса. Отмѣтимъ, наконецъ, что и въ кодексѣ ипотечный режимъ не поражаетъ единовременно всѣхъ владѣнiй; послѣднiя привлекаются къ нему лишь по мѣрѣ вступленiя въ ипотечный оборотъ.

Этотъ порядокъ тѣмъ удобенъ, что сберегаетъ расходы на подчиненiе недвижимости режиму; но онъ еще того вреднѣе, что создаетъ опасность двойнаго подчиненiя недвижимости режиму.

XIII. *Заключенiе.* Кодексъ Наполеона отказался отъ всѣхъ успѣховъ, которые сдѣлали революцiонныя мѣры въ области урегулированiя вотчинно-ипотечнаго оборота. Ни начало внутренняго публицитета, ни начало строгаго специалитета не нашли въ немъ признанiя не только въ отношенiи вотчинного, но даже въ отношенiи специально ипотечнаго оборота. Даже то слабое выраженiе, которое эти начала получили въ кодексѣ, подверглось разностороннимъ ограниченiямъ, изъ которыхъ нѣкоторыя подтачивали все зданiе ипотечной системы. Можно сказать, что кодексъ какъ-бы враждебно относится къ реальному кредиту и вотчинному обороту, особенно же къ тѣмъ новымъ устоямъ гражданской жизни страны, которыя были прiобрѣтены такой дорогой цѣною, какъ революцiя. „Notre Code civil, говоритъ Flour-de-Saint-Genis, dans un fâcheux esprit de réaction contre le mouvement réformiste de 1789, reprit les traditions de la clandistinité romaine et multiplia les exceptions et les privilèges, se posant ainsi en contradiction manifeste avec les principes de la société nouvelle issue de la Révolution [3]).

§ 66. Послѣдующiя за кодексомъ законодательныя и другiя мѣры, направленныя на его примѣненiе.

Ближайшiя къ кодексу законодательныя мѣры занимаются развитiемъ заложенныхъ въ кодексѣ началъ и чаще всего вращаются въ кругѣ идей

---

[1]) Кн. III т. XVIII гл. X.

[2]) Art. 2198.

[3]) Flour de Saint-Genis, Le crédit territorial en France et la réforme hypothécaire, стр. 3. См. еще Besson, стр. 98—107, Rondel, гл. II § VI.

кодекса; но иногда онѣ выходятъ за кругъ этихъ идей; въ общемъ же онѣ больше усложняютъ пеструю систему кодекса, чѣмъ упрощаютъ ее.

I. Больше всего хлопотъ надѣлало практикѣ, какъ и слѣдовало ожидать, начало негласности законныхъ ипотекъ женъ и подопечныхъ.

На практикѣ скоро обнаружилось, что очень часто эти ипотеки не записывались; въ цѣляхъ очистки ихъ, пріобрѣтателю недвижимости слѣдовало извѣщать управомоченныхъ, а между тѣмъ мѣсто жительства послѣднихъ часто вовсе нельзя было и узнать. Затрудненія вызвали мнѣніе Госуд. Сов. отъ 1 іюня 1807 г. [1]), предписывавшее: ограничиваться въ подобныхъ случаяхъ: 1) констатированіемъ факта неизвѣстности домицилія интерессентовъ въ объявленіи, которое направляется прокурору по случаю очистки такихъ ипотекъ; 2) заявленіемъ, дѣлаемымъ въ томъ же объявленіи, что пріобрѣтатель будетъ публиковать, вмѣсто оповѣщенія интерессентовъ ad domum, въ журналѣ, по формѣ, предписанной уст. гражд. судопроизв. на случай наложенія запрещенія на недвижимости; 3) дѣйствительнымъ опубликованіемъ факта перехода собственности, а если въ округѣ нѣтъ и журнала, то публикаціи замѣняются удостовѣреніемъ прокурора о томъ, что журнала нѣтъ. Срокъ для совершенія записи законныхъ ипотекъ со стороны жены и подопечныхъ течетъ тогда съ момента совершенія публикацій или съ момента полученія отъ прокурора удостовѣренія о томъ, что въ департаментѣ нѣтъ журнала.

Легко себѣ представить, какъ усложнились и запутались формы отъ этого новаго нездороваго шага по пути отступленія отъ начала публицитета и вовсе не на пользу беззащитнымъ.

2. На практикѣ возникъ и другой вопросъ: нужно-ли возобновлять каждыя 10 лѣтъ запись законныхъ ипотекъ женъ и подопечныхъ? Госуд. С. отвѣтилъ утвердительно на этотъ вопросъ и установилъ рядъ началъ, держась строго буквы закона [2]).

3. Наконецъ, сомнѣніе вызывалъ вопросъ о томъ, должны-ли беззащитные пользоваться предоставленными имъ льготами даже тогда, когда отпало основаніе къ тому, т. е. когда состояніе беззащитности болѣе не существуетъ: жены стали вдовами, недѣеспособные—дѣеспособными? Вспомнимъ, что до кодекса законодательство отвѣчало на этотъ вопросъ отрицательно. Но Госуд. Совѣтъ разрѣшилъ утвердительно: „должны“ [3]).

II. Судебная ипотека признается и въ случаѣ административныхъ condamnations и contraintes, издаваемыхъ администраторами въ кругѣ ихъ компетенціи; способы и условія установленія этихъ ипотекъ тѣ же, что и судебныхъ. Погашеніе ихъ истребуется передъ общими судебными трибуналами; а когда оспаривается основаніе права,—стороны отсылаются къ административной власти [4]).

---

[1]) Duvergier XVI, 147.
[2]) Duvergier XVI 239.
[3]) Eod. XVIII 239.
[4]) Eod. XV 65.

Позднѣе Гос. Сов. пошелъ еще дальше, признавъ contraintes, постановляемыя таможенной администраціей, за частный случай contraintes, служащихъ титуломъ для судебной ипотеки, и потому дающими судебную ипотеку, подчиненную общимъ началамъ таковой[1]).

Наконецъ, судебная ипотека признается спутницей и постановленій административныхъ органовъ, фиксирующихъ начеты на контаблей общины и публичныхъ учрежденій[2]).

III. Расширяется и кругъ привиллегій на недвижимости, именно создается привиллегія фиска на недвижимости контаблей, запись которой слѣдуетъ на льготныхъ условіяхъ[3]) [4]).

§ 67. Территоріальныя завоеванія Наполеонова кодекса.

Ипотечный режимъ Наполеонова кодекса получилъ, вмѣстѣ со всѣмъ гражданскимъ кодексомъ, широкое распространеніе, отчасти благодаря оружію Наполеона, отчасти же благодаря общимъ достоинствамъ гражданскаго кодекса. Съ тѣми или иными частичными измѣненіями, а отчасти и усовершенствованіями онъ сталъ достояніемъ какъ большинства романскихъ государствъ, такъ и другихъ, напр. освобожденныхъ отъ турецкаго владычества юныхъ славянскихъ государствъ и Греціи, наконецъ, нѣкоторыхъ колоній. Вообще онъ дѣйствуетъ теперь, или недавно еще примѣнялся, кромѣ Франціи, въ Бельгіи, Монако, Италіи, Люксембургѣ, Голландіи, Эльзасѣ и Лотарингіи, прирейнскихъ германскихъ странахъ, Швейцаріи романской, Румыніи, Греціи, Луизіанѣ, Канадѣ, Иллиноисѣ и др[5]).

ГЛАВА III.

Реакція Наполеонову кодексу и дальнѣйшія судьбы французскаго права.

§ 68. Первая половина 19 ст.

I. Какъ ни велико было общее обаяніе Наполеонова кодекса во Франціи и далеко за ея предѣлами, доказательствомъ чего служитъ уже широкое распространеніе кодекса въ Европѣ,—тѣмъ не менѣе на утро же послѣ изданія его въ самой Франціи начинается движеніе, враждебное ипотечному режиму кодекса. „Съ самаго 1804 г. это разнородное по составу, темное по духу и крайне усложненное законодательство не переставало обсуждаться и осуждаться. Тысячи судебныхъ рѣшеній, пытавшіяся согласить правосудіе съ

---

1) Eod. XVIII 54.

2) Tripier, Codes Fr. 1898 подъ art. 2123 C. civ.

3) Eod. подъ art. 2098.

4) Другія мѣры см. у Duvergier, XXVIII 490, XLVI 339, XV 241, XVI 178, XXIII 432, XVII 276, и Tripier, eod прил. стр. 239, прим. къ art. 2108 c. civ., и прим. 1 къ кн. III tit. XVIII гл. XVIII Code c.

5) См. очерки режима этихъ странъ у Besson, ч. III.

текстомъ закона, самымъ своимъ разнообразіемъ и противорѣчіями представляютъ импозантный и неопровержимый комментарій недостатковъ и пробѣловъ кодекса" [1]). Въ 1812 г. адвокатъ Anthoine, а въ 1819 г. Jourdan высказываютъ въ періодической прессѣ рѣзкія порицанія ипотечному режиму кодекса за „ses éléments hétérogènes, ses dispositions inapplicables, ses antinomies insolubles, ne produisant que tourments pour les interprètes et procès pour les justiciables" [2]).

И чѣмъ дальше кодексъ дѣйствуетъ, тѣмъ сильнѣе становится реакція къ нему. Въ 1826 г. Казиміръ Перье объявляетъ конкурсъ для научныхъ работъ на тему: „Какіе недостатки и пробѣлы замѣчаются во Французскомъ правѣ—законодательствѣ и административныхъ распоряженіяхъ—регулирующемъ заемъ подъ ипотеку? Какія существуютъ препятствія приливу капиталовъ къ этому виду сдѣлокъ? Наконецъ, на какихъ основаніяхъ лучше всего можно было бы организовать ипотечный режимъ, чтобы онъ оказался совершеннымъ и внесъ гармонію въ соотношеніе интересовъ фиска, заемщиковъ и ссужателей, которые въ правѣ требовать надежныхъ гарантій для открываемаго ими кредита?" [3]).

Конкурсъ К. Перье встрѣтилъ живѣйшій откликъ среди французскихъ юристовъ, особенно практиковъ, въ—тайнѣ питавшихъ недовольство къ кодексу и только сдерживавшихся передъ высокимъ его авторитетомъ. На заданную тему послѣдовалъ рядъ интереснѣйшихъ и отчасти своеобразныхъ работъ, послужившихъ, въ свою очередь, поводомъ къ живому литературному обмѣну мнѣніями и ожесточеннымъ спорамъ разныхъ направленій юридической мысли, такъ что отголоски споровъ были слышны уже долго спустя послѣ назначенія конкурса Перье.

Мы намѣтимъ лишь наиболѣе характерныя направленія мысли этой эпохи. Ихъ было три: 1) Одно направленіе представляли работы Decourdemenche [4]), Loreau [5]) и Hébert [6]); 2) другое направленіе представлено работой Anthoine de Saint-Joseph [7]); 3) третье направленіе приняль Alban d'Hauthuille [8]).

Всѣ эти три группы юристовъ сходятся въ томъ, что ипотечный режимъ кодекса неудовлетворителенъ и нуждается въ измѣненіяхъ, но въ указаніи усовершенствованій ипотечнаго режима всѣ три группы сильно расходятся другъ съ другомъ.

---

[1]) Flour-de-Saint Genis. стр. 3.

[2]) Besson, стр. 108, Flour-de-Saint Genis, стр. 3.

[3]) Передаю по труду Hebert, De quelques modifications importantes a introduire dans le régime hyp. Paris-Rouen. 1841, стр. 3.

[4]) Du danger de prêter sur hyp. Paris 1830.

[5]) Du crédit foncier et des moyens de le fonder. Paris 1841.

[6]) De quelques modifications importantes à introduire dans le régime hyp. Paris-Rouen 1841.

[7]) Concordance entre les lois hyp. étrangères et françaises. Paris 1847.

[8]) De la révision du régime hyp. Paris 1893.—Перечень другихъ работъ см. у Besson, 110.

1) Первое направленіе получило названіе у самихъ французовъ имматрикуляціонной системы [1]). Представители его предлагаютъ утвердить кредитъ на личномъ началѣ, гдѣ обезпеченіемъ кредита служила бы вся совокупность имущественныхъ отношеній, группирующихся около извѣстнаго лица, и всю эту совокупность отношеній они предлагаютъ подчинить началу публицитета, путемъ имматрикуляціи въ извѣстные реэстры всей судьбы лица и его имущественныхъ отношеній. Это начало проводится 3-мя представителями имматрикуляціоннаго направленія не съ одинаковой энергіей. Наиболѣе утопичную систему рисуетъ Decourdemenche, наиболѣе сдержанную — Lereau; срединное положеніе занимаетъ Hébert.

Насколько предложеніе имматрикуляціонистовъ, представленное въ общей формулѣ, еще можетъ быть признано заслуживающимъ хотя нѣкотораго вниманія, настолько же детальное развитіе его оказывается у творцовъ имматрикуляціонной системы невозможно слабымъ. И если я остановлюсь на деталяхъ, то лишь для того, чтобы показать, до какого безвкусія доходила иногда французская юридическая мысль въ разрѣшеніи строго практическихъ вопросовъ права.

Необходима, по мысли имматрикуляціонистовъ, для развитія кредита, опись, въ особыхъ ипотечныхъ реэстрахъ, гражданъ съ ихъ имуществомъ. Hébert требуетъ записи въ реэстрѣ всѣхъ гражданъ съ самаго момента рожденія ихъ и всѣхъ пріобрѣтаемыхъ гражданами предметовъ, движимыхъ и недвижимыхъ. Loreau ограничиваетъ требованіе записью всѣхъ гражданъ, владѣющихъ недвижимостями.

По предложенію Lereau, наиболѣе умѣреннаго, подъ именами гражданъ вносятся въ реэстръ, прежде всего, всѣ права собственности на недвижимости. Послѣднія отмѣчаются въ реэстрѣ согласно кадастру, составленному въ цѣляхъ взиманія налоговъ. Отчужденія и пріобрѣтенія поземельной собственности записываются тамъ съ указаніемъ актовъ, по которымъ они послѣдовали.

Въ этихъ же реэстрахъ указываются и всѣ тѣ событія, которыя вліяютъ на дѣеспособность лица, и вытекающія отсюда перемѣны для права лица вступать въ обязательства и распоряжаться недвижимостью, какъ то: возрастъ лица, лишеніе его дѣеспособности, запрещеніе и снятіе запрещеній, лишеніе гражданскихъ правъ и т. п. съ указаніемъ основаній ко всѣмъ этимъ измѣненіямъ въ положеніи лица; далѣе, туда же заносятся: открытіе несостоятельности и реабилитація лица, деклараціи объ отсутствіи, бракъ, брачные договоры, раздѣльное жительство супруговъ и раздѣльное имущество; акты товарищества и прекращеніе послѣдняго; наконецъ, всѣ ипотеки—договорная, судебная, законная и арестъ недвижимости.

Туда же заносится и фактъ смерти лица, принятіе или отклоненіе наслѣдства, оставленнаго имъ и т. д. и т. д. Decourdemanche, наиболѣе утопическій, насчитываетъ до 50 видовъ различныхъ актовъ, которые должны подлежать записи въ реэстрѣ, и еще, по неосмотрительности, многіе забываетъ.

---

[1]) Alban d'Hautuille стр. 55.

Коренное начало имматрикуляціонной системы, конечно, составляетъ опредѣленіе домицилія лица. Первоначальнымъ домициліемъ служитъ мѣсто рожденія лица. При перемѣнѣ же домицилія лицо заявляетъ о томъ какъ въ мѣстѣ, откуда оно выбываетъ, такъ и въ мѣстѣ, куда оно прибыло. Иностранцы имѣютъ домицилій въ Парижѣ.

Обязанности заботиться о публицитетѣ Decourdemanche и Hébert распредѣляютъ между разными административными и судебными учрежденіями по принадлежности, дѣйствующими иногда по просьбѣ сторонъ, иногда же ex officio,—и ипотечными чиновниками; Lereau же все возлагаетъ и соединяетъ въ рукахъ однихъ ипотечныхъ чиновниковъ, устанавливая дѣятельную связь ихъ со всѣми административными и судебными органами.

Для удобствъ акты содержатся въ ипотечныхъ бюро въ подвижныхъ папкахъ.

Акты, совершонные лицомъ не въ мѣстѣ его домицилія, пересылаются въ учрежденіе по мѣсту домицилія. Lereau хочетъ добиться этимъ путемъ двойного публицитета и рекомендуетъ еще сообщеніе актовъ, совершонныхъ по мѣсту положенія недвижимости, въ мѣсто домицилія, и обратно.

Но для пересылки чиновники должны знать домицилій лицъ. Для этого стороны обязуются освѣдомлять чиновниковъ, предъявляя особый цертификатъ, выправленный ими изъ установленія, завѣдующаго гражданскимъ состояніемъ лицъ.

Наконецъ, чтобы система дѣйствовала надежно, прожектеры обставляютъ каждый шагъ лица и каждое дѣйствіе его требованіемъ акта въ автентической формѣ.

На очерченной формально-правовой базѣ, по мысли Decourdemanche, долженъ былъ быть построенъ реальный кредитъ на началѣ генеральной ипотеки и облеченный въ форму, аналогичную, по мобилизаціонной способности, cédules hypothécaires декрета 9 messidor.

Громоздкость имматрикуляціонной системы и ненадежность ея, особенно какъ базы для мобилизаціи кредита, такъ очевидны, что система не заслуживаетъ и обстоятельной критики. Она можетъ быть сколько-нибудь оправданной только во Франціи, такъ какъ выражаетъ собою коренную идею французскаго права, проникнутаго началомъ личности, какъ основы всѣхъ отношеній, и генеральной ипотеки, какъ основы кредита [1]).

2. Второе направленіе можетъ быть названо германистическимъ. Представитель его, Anthoine de Saint-Joseph, привлекая исторію права и сравнивая французское право съ германскимъ того времени, высказывается за усвоеніе началъ германскаго типа, т. е. реальной системы, внутренняго публицитета и полнаго спеціалитета ипотекъ всякаго рода. Исторія стояла за это направленіе, но современники автора возражали ему, указывая на непрактичность его предложеній и несогласіе его съ духомъ французскаго права. Не-

---

[1]) См., однако, критику его у Alban d'Hauthuille, 62—79, и отчасти у Troplong, De priv. et. hyp. Paris 1854 введ. стр. VII—VIII.

практичность мотивировалась крайней парцелляціей французскаго землевладѣнія, вслѣдствіе чего германская система причинила-бы много хлопотъ и письменности, и тормазила-бы движеніе собственности; несоотвѣтствіе же германской системы духу французскаго права видѣли въ томъ, что французамъ противна опека власти надъ подданными, воплощенная въ началѣ легалитета, дороги молчаливыя, законныя ипотеки и дороги еще больше того идеи естественнаго права и справедливости, не укладывающіяся ни въ какую практическую систему [1].

3. Третье направленіе, представленное Alban d'Hauthuille, сводится къ удержанію коренныхъ устоевъ ипотечнаго режима кодекса, но только съ измѣненіями второстепеннаго значенія, которыя бы устранили обнаруживавшіеся на практикѣ неудобства. Предлагаемыя измѣненія такъ незначительны, что не заслуживаютъ и развитія.

II. 1. Какъ бы то ни было, но вопросъ о реформѣ ипотечнаго режима кодекса, настойчиво поставленный и въ различныхъ направленіяхъ освѣщаемый литературными работами юристовъ и публицистовъ, не замедлилъ появиться и на трибунѣ политическихъ собраній и законодательныхъ учрежденій [2]. Въ періодъ съ 1830 и до 1843 г. двадцать девять conseils généraux выражали и возобновляли голоса, благопріятствующіе ревизіи ипотечнаго права кодекса. Въ засѣданіи 16 апр. 1836 г. членъ палаты депутатовъ Laville заявилъ, что ревизія ипотечнаго права, требуемая экономическими интересами Франціи, не можетъ и не должна имѣть иной базы, какъ только полное и безусловное признаніе принципа публицитета. „Публицитетъ есть первое условіе всякаго ипотечнаго режима, говорилъ депутатъ, но онъ является иллюзіей и даже опаснымъ учрежденіемъ при наличности института тайныхъ ипотекъ женъ и пододопечныхъ". И президентъ палаты Dupin, участвовавшій въ преніяхъ, констатировалъ, что въ ипотечномъ правѣ Наполеонова кодекса содержится внутреннее противорѣчіе, опасное какъ для реальнаго кредита, такъ и вообще для оборота недвижимыхъ имѣній. Послужившая поводомъ къ преніямъ петиція была направлена къ хранителю печатей, и министръ финансовъ заявилъ, что правительство воспользуется парламентскими вакаціями для изготовленія проекта закона объ ипотекахъ.

2. Непосредственнаго результата отъ этого не получилось. Но вотъ черезъ 5 лѣтъ послѣ того выходятъ два закона: 1) объ экспропріаціи недвижимостей въ государственныхъ нуждахъ и 2) о принудительномъ отчужденіи недвижимостей. Изданіе этихъ законовъ, въ виду близкаго соприкосновенія ихъ съ ипотечнымъ режимомъ, дало новый толчокъ назрѣвшему вопросу о реформѣ ипотечнаго режима. Правительство, сознавая родственность вопросовъ, рѣшила приступить и къ изслѣдованію вопроса о коренной реформѣ ипотечнаго права. Циркуляромъ министра юстиціи отъ 7 мая 1841 г.

---

[1] См. Alban d'Hauthuille, eod. стр. 35 и слѣд.

[2] См. къ дальнѣйшему изложенію Besson, 110, Flour-de-Saint-Genis, стр. 4 и слѣд., Rondel, гл. III § 1, 2 и 3.

приглашались кассаціонный судъ, апелляціонные суды и юридическіе факультеты высказать мотивированное мнѣніе о тѣхъ условіяхъ, которымъ должна удовлетворить ревизія ипотечнаго права.

Призывъ былъ не только услышанъ, но и встрѣченъ живымъ откликомъ разнообразныхъ установленій. Въ результатѣ получился блестящій сводъ матеріаловъ въ 3-хъ томахъ, содержащій лучшее изслѣдованіе Наполеонова кодекса и его ипотечнаго режима. Анкета 1841 г. поставила вопросъ о коренной реформѣ института на твердую почву, какой онъ раньше и не имѣлъ еще [1]).

Подводя итоги анкетѣ, мы получаемъ слѣдующія данныя. Въ то время, какъ въ замѣчаніяхъ на проектъ ипотечнаго режима Наполеонова кодекса только лучшіе трибуналы высказывались за публицитетъ, большинство же высказывалось за негласность ипотекъ, теперь, черезъ 40 лѣтъ, уже большинство судовъ стоитъ за публицитетъ закона VII г., и не только за публицитетъ ипотекъ, но и за публицитетъ другихъ вещныхъ правъ, особенно же переходовъ собственности. Лишь въ подробностяхъ суды расходятся. Одни предлагаютъ распространить публицитетъ и на случаи перехода собственности по сдѣлкамъ mortis c., другіе считаютъ это излишнимъ. Одни предлагаютъ распространить публицитетъ на всѣ вещныя права—собственность, сервитутъ, ипотеку,—другіе же ограничиваются важнѣйшими и чаще всего составляющими предметъ оборота вещными правами, какъ собственность и ипотека; нѣкоторые ограничивались, впрочемъ, одной ипотекой. Колебались и по вовопросу о томъ, установить ли связь ипотечной системы съ кадастромъ, и, если установить, то въ какое соотношеніе поставить обѣ системы. Колебанія встрѣчаются и во взглядѣ на организацію самой записи, именно установить ли запись экстрактивную или дословную актовъ сдѣлокъ. Большинство судовъ высказывалось за запись переходовъ собственности съ такимъ значеніемъ, чтобы публицитетъ записи дѣйствовалъ только въ отношеніи 3-хъ лицъ, являясь средствомъ для 3-хъ лицъ распознать собственника, какъ это имѣло мѣсто въ германскомъ типѣ того времени, но не являясь безповоротнымъ установительнымъ актомъ собственности, противъ котораго не допускался бы никакой споръ; такимъ образомъ, по мысли судовъ, установительный актъ можетъ быть оспариваемъ и по записи, но только въ отношеніяхъ первыхъ контрагентовъ передаточной сдѣлки. Напротивъ, публицитетъ ипотеки большинство предлагаетъ сдѣлать абсолютнымъ. Рекомендовались разныя мѣры къ урегулированію судебной ипотеки въ сторону ея упраздненія или ограниченія, какъ института нецѣлесообразнаго и неправомѣрнаго. Дѣйствительно, судебная ипотека служитъ наградой личному кредитору, который предупредитъ другихъ кредиторовъ предъявленіемъ взысканія къ должнику. Услуга небольшая передъ обществомъ, награждать которую во вредъ другимъ кредиторамъ неправомѣрно. Лучше — запрещеніе, которое служитъ на

[1]) Анкета носитъ названіе Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont éte proposées, publiés par ordre du garde des sceaux. Paris, 1844.

пользу всѣмъ личнымъ кредиторамъ. Комиссія, назначенная министромъ изслѣдовать документы, приготовила проектъ ипотечнаго режима въ духѣ анкеты. Но февральская революція прервала работы.

3. Президентъ республики въ своемъ Arrêté отъ 15 іюня 1849 г. одобрилъ образованіе новой комиссіи съ той же цѣлью. Эта комиссія выработала новый проектъ, который и былъ направлапъ въ Госуд. Совѣтъ декретомъ 27 дек. 1849 г. По обсужденіи въ госуд. совѣтѣ, проектъ былъ направленъ въ національное собраніе 4 апр. 1850 г. Національное собраніе передало его въ парламентскую комиссію, уже занимавшуюся реформой.

Проектъ носитъ названіе „проекта 1850 г.". Послѣ нѣкоторыхъ измѣненій въ разныхъ законодательныхъ комиссіяхъ и учрежденіяхъ, проектъ покоился на слѣдующихъ основныхъ началахъ: Вещныя права всякаго рода—собственность, сервитутъ ипотека и т. д.—возникаютъ, переходятъ изъ рукъ въ руки и прекращаются по сдѣлкамъ, подлежащимъ публицитету, достигаемому записью ихъ въ ипотечныя книги. Публицитетъ и спеціалитетъ ипотекъ полный; ипотека признается неоспоримой даже въ рукахъ перваго пріобрѣтателя. Не составляютъ исключенія изъ общаго начала и легальныя ипотеки женъ и подопечныхъ. Кругъ привиллегій ограничивается. Ипотека дѣйствительна со дня записи. Она получаетъ точный спеціалитетъ въ отношеніи суммы и предмета. Будущія пріобрѣтенія ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть заранѣе обременены ипотекой. Такъ какъ ипотеки женъ и подопечныхъ подлежатъ записи на общемъ основаніи, то принимаются еще болѣе суровыя мѣры къ тому, чтобы онѣ неукоснительно записывались и чтобы интересы беззащитныхъ, такимъ образомъ, не страдали отъ принципа публицитета. Публицитетъ собственности, выражающійся въ транскрипціи, ограничивается, по традиціи закона VII г., интересами 3-хъ лицъ, но всѣхъ 3-хъ, а не только ипотечныхъ кредиторовъ. Такимъ образомъ, въ отношеніяхъ отчуждателя и пріобрѣтателя записанное пріобрѣтеніе можетъ быть оспорено, но 3-мъ записаннымъ пріобрѣтателямъ и ипотечнымъ кредиторамъ ревиндикація и резолюція не причиняютъ ущерба, такъ какъ для нихъ содержаніе книги-истина;—развѣ что о ревикціи была совершена отмѣтка въ реэстрѣ, тогда послѣдующія за отмѣткой записи гаснутъ, если ревикція или резолюція удалась [1]). Проектъ допускаетъ индоссаментъ для ипотечныхъ требованій, измѣняетъ форму записи, продляетъ ея дѣйствіе. Такимъ проектъ былъ послѣ перваго чтенія.

Но вотъ, во второмъ чтеніи проектъ претерпѣваетъ значительныя измѣненія. Устанавливается обратное дѣйствіе резолюціи, т. е. прекращенія собственности наличнаго владѣльца съ возвращеніемъ ея предшественнику по

---

[1]) Не могу не отмѣтить, что юристы усматривали внутреннее противорѣчіе въ неодинаковомъ отношеніи проекта къ случаю, когда оспаривается право у непосредственнаго пріобрѣтателя, и къ случаю, когда оно оспаривается у 3-го обладателя его. Юристы предпочитаютъ лучше вовсе отказаться отъ publica f. книги, чѣмъ такъ различать отношенія. См. Besson, 117, 114 и др. Такое непониманіе практическихъ цѣлей организаціи, очевидно заимствованной у нѣмцевъ.

праву въ силу извѣстныхъ условій (С. с. nit. 1654). Публицитетъ ипотекъ усваивается опять ограниченный, законныя ипотеки женъ и подопечныхъ признаются опять тайными и генеральными, и только предоставили женѣ право отказываться отъ ипотеки въ брачномъ договорѣ, да возложили обязанность на овдовѣвшихъ женъ и созрѣлыхъ подопечныхъ—записывать ипотеку въ теченіе 1 года по отпаденіи недѣеспособности.

Третье чтеніе не успѣло завершиться, какъ послѣдовалъ coup d'État со стороны Наполеона III, что повлекло паденіе самой законодательной ассамблеи.

4. Новое правительство не могло забыть ипотечной реформы, столь тѣсно связанной съ экономическими потребностями времени. Но, съ другой стороны, Наполеонъ III, сознавая непрочность своего положеніе и не обладая личными качествами, могущими внушить авторитетъ, нуждался въ опорѣ посторонняго авторитета. Такимъ былъ культъ его предка Наполеона I. Воскресить память этого предка значило, въ частности, возвеличить его кодексъ и провозгласить послѣдній совершенствомъ законодательной мудрости, недоступнымъ упрекамъ и неподлежащимъ никакой, хотя-бы частичной, передѣлкѣ. За сотрудниками дѣло не стало. „La vérité juridique n'était pas le souci dominant des hommes d'État de 1855“ [1]).

Въ виду этихъ-то противоположныхъ тенденцій правительство Наполеона III и находитъ выходъ изъ затруднительнаго положенія, издавъ два спеціальныхъ законодательныхъ акта, имѣющихъ генетическую связь съ реформаціоннымъ движеніемъ 50-хъ годовъ, именно: 1) спеціальнаго декрета отъ 28 ф. 1852 г. и, въ дополненіе къ нему, закона отъ 10 іюля 1853 г., организовавшихъ crédit foncier, и 2) закона 23 марта 1855 г., содержащаго право транскрипціи.

Издавая спеціальный декретъ 28 ф. 1852 г. о crédit foncier и законъ 10 іюля 1853 г. о томъ же, правительство внесло въ нихъ лучшія черты проекта 1850 г., желая этимъ внести суррогатъ общей неудовлетворительной постановкѣ ипотечнаго режима Наполеонова кодекса и облегчить участь сельскаго хозяйства хотя отчасти. При этомъ правительство хотѣло первоначально учредить посредническія общества между сельскими хозяевами, нуждающимися въ кредитѣ, и капиталистами, ищущими помѣщенія своихъ капиталовъ подъ вѣрныя гарантіи, представляемыя ипотекой, къ общей пользѣ обѣихъ сторонъ. Но, послѣ нѣкотораго опыта, рѣшили централизовать все это дѣло въ рукахъ одного учрежденія, именно Crédit foncier de France, что и осуществили въ декретѣ 6 іюля 1854 г. Это учрежденіе оказалось обладателемъ монопольныхъ правъ и важныхъ привиллегій, покровительствующихъ ему въ его операціяхъ и облегчающихъ реализацію ссудъ и экзекуцію.

Такъ, запись ипотеки, совершаемая Crédit f. de France, освобождается отъ возобновленія каждыя 10 л. и сохраняетъ силу на все время займа.

---

1) Besson, 121.

Чтобы обезпечить учрежденію пріоритетъ его ипотекъ, ему предоставили право и вмѣнили въ обязанность очистку законныхъ ипотекъ, каковое право не принадлежало вовсе ссужателямъ, а только пріобрѣтателямъ недвижимости. Производство очистки упростили до такой степени, что издержки его удешевились въ 10 разъ сравнительно съ издержками на производство очистки, совершаемой другими лицами. А законъ 10 іюля 1853 г., измѣняя декретъ 1852 г. 28 ф., обострилъ и еще больше привиллегію, предоставивъ факультативную очистку и сокративъ процедуру, вмѣстѣ же съ тѣмъ подчеркнулъ монопольный характеръ привиллегіи, заявивъ, что эти очистки, совершаемыя Crédit f. de France, не служатъ на пользу другимъ кредиторамъ, которые по прежнему подчиняются правиламъ объ очисткѣ, установленнымъ кодексомъ Наполеона.

Такимъ образомъ, то, что слѣдовало-бы сдѣлать общей нормой для всѣхъ гражданъ, провели въ видѣ спеціальнаго закона, даже въ видѣ привиллегіи одного кредитнаго учрежденія. Отъ этого получилась несправедливая привиллегія, осуждаемая многими юристами за то, что она не оправдывается какимъ-либо общественнымъ интересомъ, и цѣлится дать исключительныя выгоды единичнымъ частнымъ личностямъ, спекулирующимъ на наживу, отчего эта привиллегія и становится ненавистной формой монополіи [1]. Въ концѣ-концовъ учрежденіе Crédit f. de France внесло только новыя осложненія и несообразности въ общее право ипотеки кодекса.

Но и учрежденіе Crédit f. со всѣми его привиллегіями имѣло все еще Ахиллесову пяту въ видѣ негласности и необезпеченности переходовъ права собственности. Что могъ Crédit f. подѣлать въ томъ случаѣ, когда обремененное его ипотекой имѣніе виндицируется или когда происходитъ резолюція собственности въ силу art. 1654 C. c. по случаю неуплаты цѣны? Ничего! Пока переходъ собственности не основанъ на публицитетѣ, хотя-бы только въ интересахъ ипотечнаго оборота, ипотечный кредиторъ обезпеченъ публицитетомъ ипотеки только наполовину. Частной мѣрѣ организаціи Crédit f. долженъ былъ-бы предшествовать общій законъ о публицитетѣ переходовъ собственности.

Такой-то общій законъ и послѣдовалъ послѣ частной мѣры,— это именно законъ 23 марта 1855 г. о транскрипціи. Этотъ законъ опять воспроизводитъ проектъ 1850 г. во 2-мъ его чтеніи, но только не въ цѣломъ, а въ части, касающейся вещныхъ правъ, исключая ипотеки, и менѣе всего встрѣтившей возраженій въ свое время, такъ какъ начала ея были скромны и сводились къ раставраціи публицитета закона VII г.

Сущность права закона 1855 г. слѣдующая: Подлежатъ транскрипціи въ бюро храненія ипотекъ, по мѣсту нахожденія недвижимостей: 1°, всякая сдѣлка между живыми о переходѣ какъ собственности на недвижимости, такъ и другихъ вещныхъ правъ, способныхъ быть предметомъ ипотеки; 2°, всякій актъ, содержащій отказъ отъ такихъ правъ; 3°, всякій судебный приговоръ,

---

[1]) См. Besson, 120, Flour-de-Saint-Genis, 28, Rondel, 206 и слѣд.

провозглашающій существованіе словеснаго соглашенія вышеуказаннаго содержанія; 4°, всякій приговоръ, присуждающій недвижимость, кромѣ приговоровъ о раздѣлѣ наслѣдства или общей недвижимости. Далѣе подлежитъ транскрипціи: 1°, всякій актъ, которымъ устанавливается антихреза, сервитутъ, usus, habitatio; 2°, акты содержащіе отказъ отъ этихъ правъ; 3°, судебный приговоръ, провозглашающій существованіе этихъ правъ въ силу словеснаго соглашенія; 4°, аренда, на срокъ свыше 18 лѣтъ; 5°, акты и судебные приговоры, коими признается даже при болѣе краткосрочной арендѣ квитанція или цессія въ суммѣ, равной уплатѣ аренды за 3 неистекшихъ года.

Дѣйствіе транскрипціи прежде всего характеризуется отрицательно. До совершенія ея права, вытекающія изъ сдѣлокъ и судебныхъ приговоровъ, выше перечисленныхъ, не могутъ быть противопоставлены 3-мъ лицамъ, имѣющимъ права на тѣ же недвижимости и обезпечившимъ себя транскрипціей ихъ, инскрипціей и т. п. законными мѣрами. Такимъ образомъ, транскрипція ничего не измѣняетъ въ отношеніи непосредственныхъ контрагентовъ, да, кажется, и не дастъ ничего; но она дѣлаетъ отношеніе публичнымъ для 3-хъ лицъ, и для этихъ 3-хъ лицъ запись создаетъ veritas, которой въ оборотѣ и въ отношеніяхъ къ записаннымъ въ книгу управомоченнымъ 3-и лица и могутъ довѣряться. Всякій судебный приговоръ, провозглашающій отмѣну, ничтожность или прекращеніе акта о переходѣ собственности, подлежитъ въ мѣсячный срокъ, съ момента вступленія его въ законную силу, отмѣткѣ на полѣ реэстра, противъ транскрипціи. И представитель тяжущейся стороны, выигравшей процессъ объ отмѣнѣ пріобрѣтательнаго акта (avoué), обязуется, подъ штрафомъ въ 100 фр., совершить такую отмѣтку.

Но, затѣмъ, дѣйствіе транскрипціи и положительное. Начиная съ транскрипцій, кредиторы, имѣющіе титулы привиллегій и ипотекъ судебныхъ и договорныхъ противъ прежняго собственника, уже не могутъ совершить запись ихъ противъ новаго собственника. О законныхъ ипотекахъ не говорится, такъ какъ онѣ дѣйствуютъ по кодексу и безъ записи, и безъ записи же бремя ихъ переходитъ вмѣстѣ съ недвижимостью на новаго пріобрѣтателя. Кромѣ того, продавецъ и соучастникъ въ недвижимости могутъ записать свои привиллегіи въ теченіе 45 дней со дня совершенія акта отчужденія или раздѣльнаго акта, невзирая на транскрипцію какихъ-либо актовъ, совершонныхъ за этотъ періодъ, и, очевидно, съ дѣйствіемъ къ моменту возникновенія ихъ привиллегіи.

Резолюція акта пріобрѣтенія, установленная въ art. 1654 C.c. въ пользу прежняго собственника на случай неуплаты цѣны, прекращается, разъ только право резолюціи не записано своевременно, т. е. въ теченіе 45 дней; право это превращается въ простой титулъ ипотеки, дѣйствительность коей начинается съ момента записи ея; но право резолюціи прекращаетъ свое дѣйствіе только въ ущербъ 3-мъ лицамъ, пріобрѣвшимъ на недвижимость права отъ пріобрѣтателя и принявшимъ мѣры къ ихъ сохраненію, т. е. записавшимъ ихъ. Это означаетъ, съ одной стороны, публицитетъ транскрипцій для 3-хъ лицъ, а съ другой—ограниченіе его случаями погашенія привил-

легіи, такъ что, въ случаѣ своевременной записи привиллегіи продавца, право резолюціи сохраняется и осуществленіе этого права все равно влечетъ уничтоженіе всѣхъ записанныхъ противъ новаго пріобрѣтателя ипотекъ и привиллегій.

Вдовы, созрѣлые малолѣтніе и освобожденные отъ состоянія интердикціи лица, какъ равно ихъ наслѣдники и репрезентанты, не предпринявшіе записи въ теченіе 1 г. съ момента прекращенія ихъ состоянія беззащитности, сохраняютъ ипотеку дѣйствительной въ отношеніи 3-хъ лицъ не иначе, какъ только со дня записи, если не предпримутъ послѣднюю въ теченіе указаннаго 1 года.

Въ случаяхъ, когда жены могутъ цедировать свои легальныя ипотеки или отказаться отъ нихъ, эта цессія и отказъ облекаются въ автентическую форму; цессіонаріи сохраняютъ дѣйствительными эти ипотеки въ отношеніи 3-хъ лицъ не иначе, какъ только въ силу записи ихъ или въ силу отмѣтки сукцессіи ипотекъ на полѣ ипотечнаго реэстра противъ прежней записи. Даты записей и отмѣтокъ и опредѣляютъ порядокъ ипотекъ въ отношеніи прочихъ ипотекъ и привиллегій.

Переходное право регулируется въ общемъ духѣ закона нерѣшительно, казуистично, слабо, вяло. Прежнія сдѣлки не подлежатъ гласности; тѣмъ менѣе законодатель хочетъ одновременнаго подчиненія гласности всѣхъ поземельныхъ владѣній.

Подводя итоги этому праву закона 23 марта 1855 г., нельзя не согласиться во многомъ съ суровой критикой его, данной Besson [1]). Въ итогѣ, говоритъ Besson, всѣ новшества, которыя бы реагировали на кодексъ Наполеона, были выпущены, напр. запись законныхъ ипотекъ. Публицитетъ былъ сведенъ къ „timide paraphrase“ закона VII г. Не хотѣли ни углубиться въ исторію, ни заглянуть въ другія законодательства; не хотѣли даже устранить безпорядки, вошедшіе въ формальное ипотечное право закона 21 ventôse an VII. Оставили прежнюю систему веденія ипотечныхъ книгъ по лицамъ собственниковъ, а не по недвижимостямъ, нисколько даже не подозрѣвая превосходства организаціи, имѣющей базой самую землю.

Съ другой стороны, законодатель лишь съ крайней сдержанностью и какъ-бы сожалѣніемъ развиваетъ примѣненіе начала публицитета, прибѣгая къ ограничительному перечисленію актовъ и множество ихъ освобождая отъ дѣйствія публицитета. Самая редакція статей закона наводитъ на такое подозрѣніе. Законъ, сверхъ того, безпринципенъ, казуистиченъ и въ нѣсколькихъ артиклахъ пытается замазать дыры существующаго строя, слабаго во всѣхъ отношеніяхъ. Исключенія, отступленія отъ общаго правила еще болѣе продырявили начало публицитета. Но что особенно странно въ этомъ законѣ, такъ это то, что законъ не затронулъ публицитета ипотекъ, т. е. защиты 3-го пріобрѣтателя ипотеки противъ оспариванія послѣдней изъ матеріальныхъ основаній. И тутъ законъ вѣренъ своему прообразу. Въ концѣ-

---

1) Стр. 121 и слѣд., ср. также Flour-de Saint-Genis, стр. 31.

концовъ публицитетъ этого закона такъ же, какъ и прежняго права, самъ по себѣ и безъ помощи давности безсиленъ дать полную обезпеченность пріобрѣтенія собственности и ипотеки.

Но законъ 1855 г. все же кое-что сдѣлалъ, именно внесъ обезпеченность пріобрѣтенія со стороны 3-хъ лицъ, и устранилъ возможность гибели ипотекъ въ случаѣ эвикціи, но, къ сожалѣнію, удержалъ резолюцію все еще въ предѣлахъ, опасныхъ для реальнаго кредита.

5. Самое больное мѣсто французскаго ипотечнаго режима, именно, негласныя законныя ипотеки женъ и подопечныхъ, и послѣ закона 1855 г. не перестаютъ безпокоить оборотъ и законодателя. Послѣдній все еще не рѣшается подчинить ихъ общему началу публицитета и, по прежнему, придумываетъ палліативы къ обезвреженію ихъ въ интересахъ оборота. Таково именно значеніе закона 13—15 ф. 1889 г. Законъ не заступаетъ мѣста art. 9 закона 23 марта 1855 г. о цессіи или отказѣ жены отъ ея законной ипотеки, а лишь дополняетъ его въ слѣдующемъ: отказъ жены отъ ея законной ипотеки въ пользу пріобрѣтателя недвижимости, принадлежащей мужу, влечетъ прекращеніе ипотеки и равносиленъ очисткѣ ея, начиная или съ момента транскрипціи акта пріобрѣтенія, если отказъ отъ ипотеки содержится въ актѣ, или же съ момента совершенія отмѣтки объ отказѣ отъ ипотеки на полѣ ипотечнаго реэстра противъ транскрипціи пріобрѣтательнаго акта, если отказъ отъ ипотеки былъ совершонъ въ особомъ автентическомъ актѣ. Во всякомъ случаѣ, отказъ не имѣетъ силы и не влечетъ только что указанныхъ послѣдствій, если онъ не совершонъ въ автентической формѣ. Если нѣтъ открытаго соглашенія насчетъ отказа жены отъ ея ипотеки, такой отказъ не можетъ вытекать и изъ участія жены при совершеніи акта отчужденія обремененной ея ипотекой недвижимости, развѣ что она участвуетъ въ роли со-продавца, поручителя за мужа и т. п. Жена сохраняетъ все же право предпочтенія на цѣну отчуждаемой недвижимости; но это право она утрачиваетъ, если пріобрѣтатель съ ея согласія выплатилъ цѣну; далѣе, жена не имѣетъ такого права, если осуществленіе его причиняетъ ущербъ другимъ ипотечнымъ кредиторамъ. Участіе жены при отчужденіи или согласіе, данное ею въ актѣ отчужденія, указывающемъ и полную уплату цѣны за недвижимость, равно наличность позднѣе выданной пріобрѣтателю квитанціи въ уплатѣ имъ цѣны за недвижимость, влекутъ сукцессію (subrogation) законной ипотеки жены на проданную недвижимость въ пользу пріобрѣтателя, дѣйствующую и противъ другихъ ипотечныхъ кредиторовъ, съ низшими рангами, т. е. ипотеку собственника; но эта сукцессія не дѣйствуетъ въ ущербъ 3-мъ лицамъ, являющимся цессонаріями законной ипотеки жены, обременяющей другія недвижимости мужа, по крайней мѣрѣ когда пріобрѣтатель не совершитъ транскрипціи акта пріобрѣтенія или отмѣтки объ актѣ, содержащихъ отказъ жены отъ ея ипотеки и влекущихъ очистку ея. Такимъ образомъ, новая подробность, новая оговорка, вносящая новыя усложненія въ

оборотъ недвижимостей и только дѣлающая еще болѣе необходимой общую реформу ипотечнаго режима [1]).

§ 69. Вторая половина 19 ст.

1. Движеніе въ сторону коренной реформы ипотечнаго режима Наполеонова кодекса, охватившее Францію въ первой половинѣ 19 ст., окончилось, такимъ образомъ, полной неудачей. А между тѣмъ потребность коренной реформы не только не уменьшилась, а напротивъ, выросла. И выросла она вслѣдствіе измѣненій въ самомъ соціальномъ строѣ французскаго народа. Вслѣдствіе этихъ же измѣненій соціальнаго строя, напротивъ, утратили значеніе прежнія препятствія къ реформѣ, особенно главное изъ этихъ препятствій, именно забота объ интересахъ женъ и подопечныхъ, легальная ипотека которыхъ и являлась, какъ мы могли въ этомъ убѣдиться, главнѣйшимъ такимъ препятствіемъ къ провозглашенію универсальнаго публицитета ипотекъ.

Облегчалась реформа и благодаря другимъ еще условіямъ, какъ, напримѣръ, благодаря развитію во Франціи научнаго пріема юридической мысли, извѣстнаго подъ именемъ сравнительнаго правовѣдѣнія, давшаго современнымъ французамъ знаніе всего того, что сдѣлано въ интересующей области во всѣхъ, самыхъ отдаленныхъ отъ Франціи, уголкахъ вселенной и развившаго въ нихъ съ новой силой духъ критики къ своимъ домашнимъ правовымъ учрежденіямъ. Во 2-й половинѣ 19 ст. свѣтъ уже зналъ новый и самый смѣлый по замыслу ипотечный режимъ, опасный, но и благодѣтельный, требующій высокаго развитія гражданъ, но и вознаграждающій ихъ за то,— Актъ Торренса, и, благодаря вниманію, съ которымъ французы относятся теперь къ праву другихъ народовъ, передъ ними, рядомъ съ прежнимъ германскимъ образцомъ, сталъ новый, колоніальный образецъ ипотечнаго режима, такъ что увеличился выборъ между типами режима.

Тѣмъ несноснѣе представлялась французская дѣйствительность, и тѣмъ смѣлѣе строились планы на будущее и тѣмъ, наконецъ, богаче становилась реформаціонная литература.

2. Разовьемъ эти положенія. Въ 90-хъ годахъ 19 ст., по свидѣтельству Flour-de-Saint-Genis [2]), французская земельная собственность представляла собою 100 милліардовъ продажной цѣны; ею владѣло 20 милліоновъ гражданъ. Этихъ 2-хъ цифръ уже достаточно, чтобы убѣдиться, насколько правильная вотчинно-ипотечная система являлась теперь насущной для французовъ, насколько реальный кредитъ сталъ національнымъ дѣломъ!

Вмѣстѣ съ тѣмъ измѣнились и другія экономическія и соціальныя условія къ этому времени и именно въ томъ, что недвижимости, при всей ихъ

---

[1]) Besson, 123, Flour-de-Saint-Genis, 31. Другія мѣры отъ того же періода, см. у Duvergier, разные томы, и Tripier, отчасти въ приложеніи, отчасти въ примѣчаніяхъ къ т. XVIII, кн. III.

[2]) Стр. 33.

огромной роли въ жизни страны, перестали служить не только единственнымъ, но даже и главнымъ видомъ имуществъ. Наше время характеризуется во Франціи, напротивъ того, ростомъ и преобладаніемъ движимаго имущества надъ недвижимымъ. Въ результатѣ этихъ экономическихъ и соціальныхъ измѣненій послѣдовало во Франціи исчезновеніе режима приданаго и заступленіе мѣста его общеніемъ имущества супруговъ. А вслѣдствіе этого утратилъ свое жизненное значеніе и институтъ законной ипотеки жены по поводу приданаго. Разъ институтъ приданаго пересталъ быть правиломъ и сталъ исключеніемъ, не было уже смысла ради ничтожнаго количества случаевъ, гдѣ только онъ встрѣчался, жертвовать для него благодѣтельнымъ началомъ публицитета и дѣлать изъ общаго начала публицитета исключеніе. Утратилъ въ своемъ значеніи и институтъ законныхъ ипотекъ подопечныхъ на имущество опекуна, и все по тѣмъ же причинамъ, что имущество гражданъ состояло теперь больше въ движимостяхъ, чѣмъ въ недвижимостяхъ [1]). Тѣмъ болѣе утратили значеніе привиллегія и ипотека фиска. А въ то время, какъ реформа становилась легче, потребность же въ ней острѣе, такъ какъ оборотъ развивался, недостатки дѣйствующаго ипотечнаго режима становились вопіющимъ зломъ. Раньше мы уже указывали ихъ неоднократно, но отмѣтимъ теперь одну сторону дѣла, чисто внѣшнюю, и изложимъ ее на основаніи свидѣтельства одного изъ хранителей ипотекъ [2]). Веденіе ипотечныхъ реэстровъ не по имѣньямъ, а по лицамъ собственниковъ, приводитъ къ тому, что въ цѣляхъ освѣдомленія объ ипотекахъ, лежащихъ на извѣстной недвижимости, приходится перебирать всѣхъ собственниковъ недвижимости и изслѣдовать въ отношеніи каждаго изъ нихъ не только имущественное, но и семейное и даже соціальное ихъ положеніе, такъ какъ законныя ипотеки переходятъ съ имѣньемъ и въ 3-и руки и дѣйствуютъ даже тогда, когда прекратилось самое отношеніе, ихъ вызвавшее. Сколько же работы задаетъ эта система чиновнику и сторонамъ! Прибавьте къ этому недостатки актовъ, служащихъ базой формальностей, недостатки архивнаго распорядка дѣлъ и т. д. и т. д. Затѣмъ, запись актовъ совершается дословно въ ипотечные реэстры; сколько отсюда работы чиновнику и сторонамъ, сколько приходится читать томовъ ненужныхъ документовъ!

Бордеро, на которыхъ запись покоится, часто бываютъ ненадежны и неудовлетворительны, содержатъ ложь или неясно характеризуютъ существенныя свойства отношенія, лицо должника, свойства недвижимости и т. д. Отсюда рядъ новыхъ безвыходныхъ положеній.

Внѣшній публицитетъ состоитъ теперь въ одномъ только правѣ лица получить отъ хранителя цертификатъ, содержащій опись ипотечныхъ записей въ реэстрахъ. Эта опись, переполненная первоначальными записями и возобновленіями, отмѣтками объ отсрочкахъ, итогами раздѣловъ, отмѣтками о суброгаціи (сукцессіи) или нантиссементѣ, частичными погашеніями ипотекъ

---

[1]) Eod., стр. 81—89.

[2]) Это именно Flour-de-Saint-Genis, стр. 129 и слѣд., 174 и слѣд.

по книгѣ и т. д. и т. д., возсоздающая безъ всякой въ томъ нужды соглашенія и неоднократныя повторенія обычныхъ въ договорѣ оговорокъ (clauses), обозначенія недвижимостей въ описаніяхъ, очень часто получаетъ размѣры толстыхъ томовъ. Въ эти томы проситель и уходитъ, въ нихъ онъ и утопаетъ, оплачивая каждый томъ тѣмъ дороже, чѣмъ онъ туманнѣе и чѣмъ больше онъ способенъ ввести лицо въ заблужденіе... Отвѣтственность чиновниковъ—настоящая несправедливость, такъ какъ чиновникъ своей шкурой расплачивается за недостатки объективнаго права.

Въ виду всего этого становится неудивительнымъ то заключеніе, къ которому пришла „Секція экономическихъ и соціальныхъ знаній конгресса французскихъ ученыхъ обществъ", засѣдавшая въ Сорбоннѣ въ 1886 г., послѣ ряда засѣданій, въ которыхъ принимали участіе лучшіе ученые и знатоки дѣла: „La propriété rural est frappée d'un discrédit terrible. Le Code civil et le fisc semblent ligués contre elle... Le maintien des privilèges du Crédit Foncier est un danger. La réorganisation des livres fonciers suffirait pour faciliter les échanges et, par les échanges, le crédit de la terre. Notre régime hypothécaire est une épaisse broussaille où il faudrait sailler beaucoup pour marcher droit.

Tout peut se résumer en un mot: nécessité de simplifier le régime hypothécaire en le subordonnant d'une manière absolue aux lois de la spécialité et de la publicité" [1]). Это повторялось множество разъ и въ другихъ мѣстахъ и другими авторитетами [2]).

И вотъ, вторая половина 19 ст. знаменуется новымъ реформаціоннымъ движеніемъ въ интересующей насъ области. Юридическіе факультеты Парижа, Кана, Тулузы задаютъ систематически для работъ темы, имѣющія предметомъ наболѣвшіе вопросы ипотечнаго права, особенно законную ипотеку женъ и подопечныхъ и ихъ очистку. Отсюда получается длинный рядъ изслѣдованій этого вопроса [3]).

Привлекаетъ къ себѣ вновь вниманіе и анкета 1841 года, еще не утратившая своего жизненнаго значенія.

Длинный рядъ журналовъ отвелъ ипотекѣ въ 80-хъ гг. видное мѣсто среди своего содержанія [4]).

Богатая монографическая литература вопроса была посвящена за это время той же злобѣ дня, при чемъ многія работы содержали и проектъ ипо-

---

[1]) Flour-de-Saint-Genis, 99—100.

[2]) Eod.

[3]) Для примѣра назову работы: Cordier, Corpel, Domin, Drouets, Dumont, Gérard, Gossart, Hubert, Lallier, Lebel, Leonbernat и мн. другія. Все это докторскія диссертаціи, вышедшія за періодъ 1881—92 г., но служащія больше знаменіемъ времени, чѣмъ литературой вопроса, почему я и не останавливаюсь на нихъ вовсе.

[4]) Назовемъ для примѣра: Partie National, Globe, Journal des Fonctionnaires, Journal de l'enrégistrement, Temps, Economiste français, Messager de Paris, Revue Bibliografique, Revue Hypothécaire, Journal des Notaires et des Avocats, Journal des Economistes, Journal de la Société de Statistique de Paris, Journal officiel отъ 1888—89 гг. и мн. др.

течнаго режема [1]). Вопросъ о реформѣ ставится и обсуждается и на разныхъ съѣздахъ ученыхъ, какъ, напр., въ извѣстной уже намъ секціи экономическихъ и соціальныхъ знаній конгресса французскихъ ученыхъ обществъ, засѣдавшей въ Сорбоннѣ въ 1886 г. и другихъ [2]). Наконецъ, въ связи съ международной Парижской выставкой 1889 г. былъ организованъ спеціальный международный конгрессъ, имѣющій задачей выясненіе вопроса о вотчинно-ипотечномъ режимѣ на началахъ, объединяющихъ въ этомъ отношеніи культурные народы,—это именно „Congrès International de la propriéte foncière", гдѣ вопросъ о реформѣ французскаго ипотечнаго режима подвергался опять всестороннему обсужденію. Отъ этого конгресса сохранилась постоянная комиссія (commission permanante), въ которой и продолжалось въ девяностыхъ годахъ обсужденіе реформы. Дѣятельность конгресса и коммиссіи вызвали, въ свою очередь, интересныя работы [3]).

3. Всѣ эти работы содержатъ, съ одной стороны, картину ипотечнаго режима кодекса и критику этого режима, довольно солидарную и крайне неблагопріятную для кодекса; эта сторона работъ вращается въ кругѣ идей, уже очерченныхъ нами раньше; съ другой же стороны, работы указываютъ на желательныя измѣненія существующаго строя, и эта ихъ сторона составитъ предметъ дальнѣйшаго изложенія.

Если не считать нѣкотораго утопическаго налета на отдѣльныхъ проектахъ, рисуемыхъ авторами изслѣдованій по ипотечному праву, то, по крайней мѣрѣ, господствующее большинство проектовъ можетъ быть подведено подъ два типа: 1) проекты, примыкающіе къ германскому типу ипотечнаго режима и 2) проекты, примыкающіе къ акту Торренса. Лишь одинокія предложенія все еще отзываются давно-прошедшимъ направленіемъ естественнаго права. Наоборотъ, ни одинъ проектъ не является сколкомъ съ чужаго права; напротивъ, всѣ проекты пытаются примирить особенности родного права съ достоинствами чужихъ системъ.

1) Изъ проектовъ, составленныхъ по германскому образцу, болѣе или менѣе характерными являются а) проектъ Рауля де-ла Грассери и в) Шалламеля.

---

[1]) Назову для примѣра: Jalouzet, Du concours entre l'inscription, la transcription et la saisie en matière hyp. Paris 1882; Flour-de-Saint-Genis, Le crédit territorial en France et la réforme hyp. Paris. 1889; Asse, Simples réflexions sur la réforme hyp. Châteaudun 1892; Barrault, Projet de loi hyp. Marseille 1894; его же, Projet pour faciliter le prêt hyp. Marseille 1893; Besson, Les livres fonciers et la réforme hyp. Paris, 1891; Ducruet, Etudes sur l'hyp. légale des femmes. Lyon 1882; Raoul de la Grasserie, Etudes et réformes de législation. De la réforme hyp.; Legrand, Des Etats d'insriptions hyp. Paris 1892; Leray, Etude historique sur le principe de la publicité. Paris 1886; Rendel, La mobilisation du sol en France. Paris 1888 и мн. др.

[2]) См. выше.

[3]) Таковы работы: Flour-de-Saint-Genis, цит. выше; Jules Challamel, Congrès international de la propriété foncière. Commission permanante. Rapport et projet de lois sur les privilèges et hypothèques. Paris 1892; Raoul de la Grasserie, Essai du projet de loi hyp. Présenté au Congrès international de la propriété foncière à Paris. Cession d'Oct. 1892. Paris 1892.

a) Проектъ де-ла Грассери передаетъ, въ общемъ, прусскій законъ 1872 г. съ едва замѣтными отклоненіями. Эти отклоненія принадлежатъ уже самому автору и представляютъ странности утопическаго свойства въ духѣ естественнаго права. Въ своемъ этюдѣ отъ 1891 г. „De la Réforrme hyp.“ авторъ намѣчаетъ „типъ, идеалъ ипотечнаго режима—научный и полный, составленный безъ вниманія къ тому, возможно или нѣтъ его осуществленіе, безъ вниманія къ условіямъ даннаго мѣста и времени, безъ вниманія къ тому, какія поправки неизбѣжно должна внести сила условій въ идеальную систему и ея консеквенціи“. А въ „Essai de projet de loi hyp.“, представленномъ на международный конгрессъ, авторъ облекаетъ ту свою мечту въ форму проекта. Но тутъ онъ уже устраняетъ изъ мечты все, что не можетъ имѣть непосредственнаго примѣненія, оставляя существенное и не подлежащее отозванію и въ то же время такое, что легко можно ассимилировать съ современнымъ правомъ Франціи. Проектъ не имѣетъ въ виду излагать детали и ограничивается тѣмъ, что намѣчаетъ общія черты ипотечнаго режима. „Le cadre scientifique“ остается въ проектѣ тотъ же, который свойственъ и утопическому этюду. Содержаніе проекта, какъ мы уже замѣтили, заимствовано почти цѣликомъ изъ Прусскаго закона 1872 г. А „cadre scientifique“, принадлежащій творчеству самого автора, сводится къ той лишь нелѣпости въ духѣ естественнаго права, что въ проектѣ недвижимостямъ уподобляются въ видахъ ипотечнаго режима: 1) морскія суда; 2) артистическая, литературная и промышленная собственность; 3) коммерческіе фонды; 4) должности (les offices ministériels), „исключая принудительнаго отчужденія ихъ и преслѣдованія ихъ въ 3-хъ рукахъ“ (sic); 5) доля наслѣдства до раздѣла послѣдняго.

Едва-ли нужно доказывать нелѣпость этого „кадра“.

b) Шалламель представилъ на конгрессъ солидный проектъ, освѣщенный остроумными соображеніями.

I. Авторъ предпочитаетъ акцессорную ипотеку кодекса вотчинному долгу прусскаго закона 1872 г., какъ болѣе отвѣчающую правосудію въ тѣхъ случаяхъ, когда цѣны недвижимости недостаточно на удовлетвореніе кредиторовъ, и по этому принципіальному вопросу всецѣло становится на сторону кодекса.

II. Авторъ требуетъ полнаго специалитета суммы ипотеки.

III. Онъ настаиваетъ на необходимости установить единовременную запись и отмѣнить обязанность возобновленій ея, какъ пагубную для оборота.

IV. Привиллегіи въ принципѣ должны быть сохранены, но ограничены въ числѣ. За сохраненіе ихъ говоритъ соображеніе ихъ общей полезности и гуманности, за ограниченіе говорятъ интересы реальнаго кредита. Отсюда Шалламель сохраняетъ одну генеральную привиллегію, им. въ пользу судебныхъ издержекъ, и 4 специальныхъ прежнихъ.

V. Ипотеки подчиняются всѣ безусловно началу публицитета, и усиливается лишь заботливость о записи ипотекъ, принадлежащихъ беззащитнымъ.

VI. Число законныхъ ипотекъ остается прежнимъ. Но судебныя ипотеки вовсе отмѣняются, такъ какъ не отвѣчаютъ идеѣ правомѣрности, награждаютъ одного личнаго кредитора въ ущербъ другимъ личнымъ кредиторамъ лишь за то, что тотъ предупредилъ этихъ съ предъявленіемъ иска. Цѣль же, которую ставятъ судебной ипотекѣ, именно обезпеченіе уваженія къ res judicata и предупрежденіе убыточныхъ для кредиторовъ распоряженій должника своимъ имуществомъ, должна преслѣдоваться процессуальными мѣрами, напр. запрещеніемъ, налагаемымъ на недвижимости, лишающимъ должника права распоряженія недвижимостями и служащимъ на пользу всѣмъ личнымъ кредиторамъ. Только этимъ путемъ общее начало конкурса, провозглашенное для всѣхъ личныхъ кредиторовъ, не позаботившихся получить при установленіи обязательства особую и усиленную обезпеченность, будетъ соблюдено, и вмѣстѣ съ этимъ водворится и полная правомѣрность.

VII. Добровольныя ипотеки допускаются: 1) въ завѣщаніи, по образцу Бельгійскаго права, 2) по договору. Сдѣлка, устанавливающая такую ипотеку, должна быть облечена въ нотаріальную форму или явочную. Ипотека должна быть специальна въ суммѣ, обременять только наличныя недвижимости, но не будущія пріобрѣтенія.

Для дѣйствительной гарантіи правъ кредитора и обезпеченія правильности записей, возлагается на нотаріуса, совершающаго ипотечную сдѣлку, обязанность направлять въ ипотечное бюро въ теченіе 3-хъ дней съ момента совершенія акта, подъ страхомъ дисциплинарной и имущественной отвѣтственности за ущербъ, бордеро записи, подписанное имъ по формѣ. Когда же ипотечная сдѣлка признается судомъ, такая же обязанность ложится на секретаря суда.

VIII. Шалламель проектируетъ и институтъ ипотеки на имя собственника и въ дополненіе къ нему вноситъ институтъ открытія кредита въ опредѣленной суммѣ и оправдываетъ обѣ мѣры, представляющія трудности при ихъ конструкціи, практическимъ ихъ значеніемъ. Да и трудности представляютъ онѣ съ точки зрѣнія сложившейся системы права, проникнутой римскими началами и не отвѣчающей новымъ потребностямъ кредитнаго оборота. При организаціи этихъ институтовъ Шалламель дѣлаетъ много позаимствованій изъ Прусскаго закона 1872 г., о чемъ открыто и заявляетъ.

Шалламель занимается только матеріальнымъ правомъ ипотеки и не касается формальнаго.

2. Изъ проектовъ, примыкающихъ къ Акту Торренса, заслуживаютъ вниманія: а) проектъ Flour-de-Saint-Genis и в) проектъ Besson. Эти проекты больше занимаются формальнымъ правомъ.

а) Проектъ Flour-de-Saint-Genis, представленный на международный конгрессъ и обработанный потомъ въ формѣ монографіи, покоится на слѣдующихъ основаніяхъ:

I. Чтобы реформа имѣла успѣхъ, необходимы единовременное подчиненіе вотчинно-ипотечному режиму всего землевладѣнія и связь режима съ точнымъ кадастромъ, чего бы это ни стоило. Для правильнаго же функціонированія

впредь режима, акты о реальныхъ правахъ на недвижимости, всегда автентическіе, должны базировать на кадастрѣ. Чтобы интересы беззащитныхъ не страдали отъ публицитета, должны быть усилены средства, гарантирующія запись ихъ правъ.

II. Необходимо реорганизовать и внутренній распорядокъ ипотечныхъ бюро, особенно же необходимо ввести реальную систему веденія вотчинно-ипотечныхъ книгъ и допустить обзоръ послѣднихъ публикой.

III. Публицитетъ переходовъ собственности ограничивается защитой 3-хъ пріобрѣтателей отъ эвикціи и легитимаціей записаннаго собственника на распоряженіе недвижимостью по сдѣлкамъ съ 3-мя лицами.

IV. Привиллегіи сохраняются на прежнемъ основаніи.

V. Ипотеки судебныя сохраняются, но спеціализируются въ суммѣ, ограничиваются наличными недвижимостями и допускаются только тогда, когда сумма судебнаго приговора не ниже 200 фр. Суду предоставляется право спеціализировать судебную ипотеку и въ отношеніи объекта, а, съ другой стороны, допустить ея дѣйствіе и на будущія недвижимости.

VI. Законныя ипотеки подлежатъ обязательной записи.

VII. Институтъ очистки ипотекъ сохраняется.

Вообще, проектъ Flour-de-Saint-Genis примыкаетъ къ Акту Торренса лишь въ своемъ формальномъ правѣ, матеріальное же право проекта представляетъ лишь детально улучшенное прежнее право. И всѣ тѣ новыя организаціи, какъ ипотека собственника, открытіе кредита, переходъ ипотечныхъ свидѣтельствъ по индоссаменту, вовсе не затрогиваются проектомъ. Авторъ боится только мобилизаціи собственности, но въ проектѣ своемъ уничтожаетъ вовсе и кредитный оборотъ.

в) Болѣе смѣлый проектъ предлагаетъ Besson. Признавая невозможнымъ исправленіе французской ипотечной системы, авторъ настаиваетъ на необходимости усвоенія началъ Акта Торренса и германскихъ, но со вниманіемъ къ особенностямъ французскаго правообразованія.

I. Мы уже видѣли, какъ всѣ прожектеры признаютъ необходимымъ поставить дѣятельность ипотечныхъ бюро въ связь съ дѣятельностью нотаріальной системы, и этимъ восполнить недостатокъ легалитета у французскихъ ипотечныхъ бюро.

Такимъ образомъ, сила вещей требуетъ легалитета, и прожектеры, отказывая въ немъ бюро, навязываютъ его нотаріусамъ. Получается двойственность акта всякой сдѣлки о вещномъ правѣ. Легче было-бы соединить совершеніе акта и вооруженіе его вещнымъ дѣйствіемъ въ одномъ учрежденіи. Но французскія традиціи были противъ этого. Самое приданіе акту публицитета и вещнаго дѣйствія въ отношеніи 3-хъ лицъ мыслилось какъ отдѣльный шагъ отъ совершенія акта и его вещнаго дѣйствія вообще. Хотя теперь, съ развитіемъ публицитета, общее дѣйствіе акта было почти ничтожнымъ по значенію, юристы не переставали мыслить раздѣльно общее дѣйствіе акта, съ одной стороны, и дѣйствіе его въ отношеніи 3-хъ лицъ, съ другой, а отсюда они и не хотятъ объединить въ ипотечныхъ бюро всѣ стадіи возникновенія

вещныхъ правъ. Но вотъ Besson первый требуетъ легалитета, какъ права ипотечнаго чиновника изслѣдовать дѣйствительность акта, и полагаетъ легалитетъ въ основу публицитета и его острыхъ послѣдствій. Но, требуя легалитета, Besson не отказывается и отъ автентической формы актовъ, служащихъ титуломъ записываемыхъ правъ и все еще не доходитъ до идеи о возникновеніи права путемъ простого волеизъявленія интерессентовъ, совершоннаго передъ ипотечнымъ чиновникомъ.

II. Далѣе, Besson требуетъ также реальной системы и связи ипотечной книги съ кадастромъ, равно экстрактивной формы записей.

III. Вотчинно-ипотечный режимъ долженъ подчинить себѣ единовременно все землевладѣніе.

IV. Публицитетъ переходовъ собственности и у него ограниченъ защитой 3-хъ интерессентовъ и легитимаціей книжнаго собственника на распоряженіе недвижимостью. Въ подражаніе Акту Торренса, Besson проектируетъ вотчинное свидѣтельство, которое бы и служило орудіемъ вотчиннаго оборота. Но и это свидѣтельство подлежитъ оспариванію въ отношеніи самихъ контрагентовъ.

V. Публицитетъ ипотекъ полный, распространяющійся и на законныя ипотеки женъ и подопечныхъ.

VI. Спеціалитетъ ипотекъ и другихъ вещныхъ правъ на недвижимости требуется также безусловно.

VII. Очистка ипотекъ сохраняется, „ибо противно правовымъ воззрѣніямъ французовъ—налагать на 3-го пріобрѣтателя обязанность изъ договора, при заключеніи котораго пріобрѣтатель не присутствовалъ и который ему остается чуждымъ. Отмѣна института очистки оказала бы вредное вліяніе на движеніе сдѣлокъ по недвижимостямъ. Обремененныя имѣнья едва-ли нашли бы пріобрѣтателя, разъ только пріобрѣтатель будетъ имѣть въ перспективѣ переходъ на него ипотечнаго долга“.

VIII. Besson такъ же, какъ Шалламель, предпочитаетъ акцессорную ипотеку вотчинному долгу, и такъ же, какъ Flour-de-Saint-Genis, смотритъ даже на мобилизацію кредита какъ на зло. Такимъ образомъ, насколько рѣзки французскіе юристы въ критикѣ кодекса, настолько же они сдержанны въ построеніи проектовъ новаго права, желая остаться вѣрными основнымъ правовымъ воззрѣніямъ своего народа. Приходя въ восторгъ отъ Германской системы или Акта Торренса, когда излагаютъ ихъ, французскіе юристы отказываются отъ нихъ, когда переходятъ къ перечисленію улучшеній, желательныхъ для французскаго права. Сочувствуя ихъ пріему, не можемъ, все же, не сказать, что если они правы, то намъ приходится сдѣлать заключеніе, что французы до сихъ поръ не дошли до сознанія практической важности развитаго вотчинно-ипотечнаго режима; французское право, въ самыхъ смѣлыхъ проектахъ, не заходитъ далѣе первичной стадіи развитія современной ипотеки, какъ въ этомъ мы убѣдимся изъ дальнѣйшаго изложенія. Но мы сильно сомнѣваемся въ томъ, чтобы юристы были правы, думая, что Франція не нуждается въ болѣе совершенной организаціи вотчинно-ипотечнаго ре-

жима. Вѣроятно, нарисованныя ими улучшенія и постановка на твердую почву вотчиннаго оборота скоро вскрыли бы потребность въ болѣе развитой и сложной системѣ кредитныхъ отношеній, какъ это и имѣло мѣсто въ Германіи.

§ 70. *Заключеніе.* Этими литературными работами и проектами и пробивается Франція во второй половинѣ 19 столѣтія. Какъ ни блестящъ геній юридической мысли въ современной Франціи,—осуществленіе реформы, всѣми единогласно признанной за необходимую, не поддается до сего дня ни на одинъ шагъ. Причины тому, по всей видимости, кроются не только въ консерватизмѣ французскаго духа, но и въ извѣстныхъ всѣмъ политическихъ условіяхъ, неблагопріятныхъ успѣшному выполненію столь серьезной реформы, а отчасти, можетъ быть, и въ соотношеніи общественныхъ классовъ, въ господствѣ буржуазіи, мало заинтересованной въ усовершенствованіи вотчинно-ипотечнаго режима, даже, напротивъ, очень довольной своимъ Crédit foncier.

ОТДѢЛЪ II.

Германскій типъ.

§ 71. Общія замѣчанія.

Если уже въ эпоху первыхъ проявленій новаго теченія въ области вотчиннаго права мы наблюдали значительное сходство партикулярныхъ германскихъ правъ по самымъ основнымъ началамъ вотчинно-ипотечнаго режима, то въ новѣйшее время тутъ и вовсе замѣчается полное сближеніе партикулярныхъ германскихъ правъ. Исходнымъ пунктомъ сближенія является теперь, однако, не римское право, какъ прежде, а мѣстное, прусское въ лицѣ кодификацій прусскаго короля Фридриха Великаго. Его знаменитый ипотечный уставъ 1783 г. и гражданское уложеніе 1794 г. оказываютъ теперь рѣшающее вліяніе на всѣ германскія законодательныя работы, вышедшія въ началѣ 19 ст. и регулирующія область изслѣдуемаго нами вопроса. И въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи прусское право служило болѣе чѣмъ образцомъ, для правообразованія другихъ нѣмецкихъ государствъ, пока, наконецъ, въ имперскомъ уложеніи 1896 г. право нѣмцевъ не слилось въ единое право, почти всецѣло перенесенное изъ прусскихъ законодательныхъ актовъ, особенно же изъ закона 1872 г.

Все это заставляетъ насъ отвести прусскому праву первое мѣсто въ изложеніи нашего вопроса и даетъ намъ право расположить самыя стадіи развитія режима германскаго типа по стадіямъ развитія прусскаго права; тѣмъ болѣе, что въ прусскомъ правообразованіи, движимомъ корифеями германской науки и судебной практики, мы имѣемъ возможность, благодаря обилію матеріаловъ и широкой доступности ихъ, намѣтить самые тонкіе нюансы новыхъ идей, заложенныхъ въ организацію ипотечнаго режима. Права прочихъ нѣмецкихъ государствъ будутъ изложены лишь бѣгло и настолько,

насколько они вносили специфическаго въ исторію германскаго типа ипотечнаго режима.

ГЛАВА I.

Эпоха прусскаго Ландрехта 1794 г.

РАЗДѢЛЪ I.

Пруссія.

§ 72. Земскія общества земельнаго кредита. Кодификаціонныя работы Фридриха В. Corpus juris Fridericianum.

Вторая половина царствованія Фридриха В. ознаменовалась въ Пруссіи изданіемъ спеціальныхъ и общихъ законодательныхъ мѣръ въ области вотчинно-ипотечнаго режима, придавшихъ послѣднему современный обликъ и послужившихъ образцомъ для аналогичныхъ организацій не только въ Германіи, но и далеко за ея предѣлами.

I. Дѣло началось со спеціальныхъ мѣръ, именно съ учрежденія въ разныхъ прусскихъ областяхъ земскихъ обществъ поземельнаго кредита. Организація поземельнаго кредита была вызвана бѣдственнымъ положеніемъ рыцарскаго землевладѣнія послѣ 7-лѣтней войны. Первое такое кредитное общество было организовано 15 іюля 1770 г. для Силезіи; позднѣе, съ нѣкоторыми измѣненіями въ организаціи, установленія обошли и другія значительныя Прусскія области.

Какъ это всегда замѣчается въ исторіи права, спеціальная мѣра внесла въ организацію ипотеки такія смѣлыя новшества, какія было немыслимо требовать отъ общей нормы. Ипотека облекается въ форму закладного листа, имѣющаго свойства бумаги на предъявителя, и получаетъ легчайшую подвижность и доступъ на биржу. Въ цѣляхъ оборотоспособности ипотеки, устанавливается начало защиты 3-го пріобрѣтателя ипотеки. Ипотека эта представляетъ собою, далѣе, самостоятельное бремя недвижимости; держатель закладного листа не имѣетъ личнаго требованія на владѣльцѣ недвижимости, обремененной ипотекой.

Съ институтомъ закладныхъ листовъ дана была и ипотека собственника: не только допускалось, но и было общимъ правиломъ, что землевладѣлецъ заноситъ въ книгу закладные листы на свое имя и самъ отчуждаетъ закладные листы, записанные на его имѣньѣ, въ любое время. При этомъ, конечно, матеріально кредитное отношеніе возникало только съ передачей закладныхъ листовъ въ 3-и руки. Закладные листы, занесенные въ ипотечной книгѣ на первое мѣсто, занимали прочное положеніе въ ипотечной книгѣ. Ипотеки, записанныя на недвижимость, могли быть выкуплены и замѣнены закладными листами; равно, индивидуальныя ипотеки могли записываться на мѣсто закладныхъ листовъ. Этимъ было признано право землевладѣльца на распоряженіе мѣстомъ въ вотчинной книгѣ—locus. Повышеніе послѣдующей ипотеки по случаю устраненія стоящихъ выше нея ипотекъ въ этихъ слу-

чаяхъ не допускалось. Наконецъ, въ конкурсѣ закладные листы были освобождены отъ общеобязательной аттрактивной силы конкурса, и сверхъ того кредитныя общества пользовались правомъ оспаривать субгастацію недвижимости, когда данная за недвижимость цѣна не покрываетъ ихъ притязаній на имѣніе. Позднѣе, впрочемъ, организація закладныхъ листовъ отклонилась отъ начала специальной ипотеки и закладной листъ превратился въ личное требованіе къ кредитному обществу, а последнее уже имѣло обыкновенную ипотеку на недвижимости своихъ должниковъ [1]). Какъ бы то ни было, но первоначальная организація сослужила службу исторіи ипотечнаго режима новѣйшаго времени не только въ Пруссіи, но и другихъ германскихъ государствахъ и, повидимому, являлась однимъ изъ образцовъ для французскаго революціоннаго закона объ ипотекахъ 9 mess. An III [2]).

II. Интересы реальнаго кредита и вотчинно-ипотечный режимъ имѣлись въ виду и при реформѣ общаго права, провозглашенной въ Kabinetsordre 14 апр. 1780 г. Дѣло реформы было поручено Фридрихомъ В. юристу Кармеру.

По плану реформы, было приступлено прежде всего къ реформѣ судопроизводства. И первымъ результатомъ реформы былъ уставъ гражданскаго судопроизводства, извѣстный подъ именемъ Corpus juris Fridericianum [3]), кн. I ч. IV т. 12 котораго содержитъ конкурсный уставъ и регулируетъ порядокъ удовлетворенія кредиторовъ въ конкурсѣ, въ томъ числѣ и кредиторовъ ипотечныхъ.

Уставъ окончательно уравнялъ hypotheca privata съ простыми личными требованіями [4]), hyp. quasi publica далъ нѣкоторыя преимущества передъ тѣми правоотношеніями [5]) и впервые ввелъ категорію требованій, не входящихъ въ конкурсъ и удовлетворяемыхъ особо [6]); въ числѣ ихъ находились и закладные листы [7]), но не простыя ипотеки. Послѣднія помѣщаются въ третьемъ классѣ [8]).

§ 73. Allgemeine Hypothekenordnung 1783 г.

Одновременно съ реформой судебныхъ уставовъ приступили къ обработкѣ ипотечнаго и другихъ уставовъ для матерей, исторически связывавшихся законодателемъ при регламентаціи ихъ. Редакція ипотечнаго устава была ввѣрена исключительно Суарецу. Суарецъ использовалъ при этомъ нѣкото-

---

[1]) См. суммарный очеркъ института закладныхъ листовъ у Dernburg, Das Preuss. HR. Leipzig 1891. II кн. 1.

[2]) См. Rondel, La mobilisation du sol. France, очеркъ закона 9 mess. An III.

[3]) C. J. Fr. Buch I. v. d. Prozess-Ordnung Berlin. 1781. Историческія свѣдѣнія по Dernburg, стр. 16 и 17.

[4]) § 104.

[5]) § 81.

[6]) § 4—15.

[7]) § 9,

[8]) § 51 и слѣд.

рые прежніе проекты. Послѣ обсужденія проекта Суареца компетентными установленіями и лицами, 20 дек. 1783 г. проектъ былъ утвержденъ подъ именемъ Allg. Hyp.-Ordnung и вступилъ въ силу 1 іюня 1784 г. [1]).

Уставъ 1783 г. ставитъ себѣ задачей не столько подвинуть впередъ ипотечное право, сколько подвести итоги прежнему правообразованію и привести къ единообразію то, что уже было сдѣлано до него въ этой области. Но и въ такой скромной сферѣ уставъ регулируетъ больше внѣшнюю сторону дѣла, создаетъ больше формальное ипотечное право, чѣмъ матеріальное. Объясненіе послѣдняго свойства устава находится въ предисловіи къ уставу; оно заключается въ томъ, что уставъ издавался въ ожиданіи и въ виду гражданскаго кодекса Ландрехта, который и долженъ былъ урегулировать матеріальное право [2]).

Характерной чертою устава является всеисчерпывающая обстоятельность и полнота памятника. Въ этомъ отношеніи уставъ служитъ образцомъ законодательныхъ памятниковъ той эпохи, когда законодатель, опекая подданныхъ, стремился все предусмотрѣть и предписать самъ, не оставляя исполнительнымъ органамъ никакого простора для личнаго усмотрѣнія. Это дѣлалось съ добрымъ намѣреніемъ — лишить чиновниковъ возможности злоупотреблять своей властью; но это же стало со временемъ и невыносимо для подданныхъ, такъ какъ осложняло и тормазило до крайности оборотъ, обставленный инквизиторскими изслѣдованіями частныхъ отношеній со стороны чиновника, старательно выполнявшаго съ точностью предписанія закона. Легалитетъ получаетъ въ уставѣ высшую степень своего развитія. Въ результатѣ, уставъ 1783 г. представляетъ объемистый памятникъ, содержащій 458 §§.

Достоинства памятника составляютъ образцовый стиль и система изложенія и прозрачная схема ипотечной книги. „Отъ остраго взора Суареца не ускользнуло то, что форма и сущность въ ипотечномъ дѣлѣ не отдѣлимы другъ отъ друга и что все заключается тутъ въ установленіи цѣлесообразныхъ формъ“ [3]).

I. *Общія основанія ипотечнаго режима устава 1783 г.* Прусскій ипотечный уставъ 1783 г., по традиціи, полагаетъ въ основу ипотечнаго режи-

---

[1]) Allg. H.-O. für die Gesammte kön. Staaten. Berlin 1784. Матеріалы къ АНО хранятся въ рукописяхъ въ прусск. мин. юстц. Для исторіи вопроса интересны предварительныя соображенія Суареца, которыя мы будемъ со временемъ приводить. Рескрипты, которыми публиковался уставъ въ отдѣльныхъ областяхъ, датирующіе отъ 18 янв. 1784 г., находятся у Rabe, I т. стр. 377—378. Ср. историч. данныя у Dernburg, 17—18.

[2]) Насколько уставъ 1783 г. былъ вѣренъ прошлому, видно не только изъ его содержанія, повторяющаго, въ сущности, Силезскій уставъ, но и изъ черновиковъ Суареца, находящихся въ матеріалахъ къ уставу. Тамъ мы видимъ, какъ Суарецъ тщательно перечеркиваетъ все, что усиливало публицитетъ ипотечной книги. Отсюда читатель можетъ судить, какъ невѣрно общее мнѣніе о томъ, будто съ устава начинается эпоха publica f. ипот. книги. Ср. Dernburg, 18 стр.

[3]) Dernburg, стр. 20.

ма начало всеобщаго и предварительнаго подчиненія недвижимостей ипотечной книгѣ [1]). По той же традиціи, устанавливается реальная система ипотечныхъ книгъ, т. е. система веденія книгъ по имѣньямъ, а не по лицамъ собственниковъ [2]), при чемъ каждому отдѣльно выступающему въ оборотѣ участку отводится въ ипотечной книгѣ особый листъ (Folium) [3]). Ипотечныя установленія организуются по дистриктамъ, по мѣсту нахожденія недвижимостей [4]).

II. *Ипотечныя книги.* Основу вотчинно-ипотечной системы составляетъ, по уставу, вотчинно-ипотечная книга. Эта книга, по идеѣ устава, составляетъ самосточтельное цѣлое и исключительный источникъ того, какія правоотношенія существуютъ на данный участокъ. Съ открытіемъ ипотечнаго листа для имѣнья, послѣднее подчиняется jus speciale, данному съ учрежденіемъ вотчинно-ипотечной системы.

Общая схема ипотечной книги (Folium) не только обстоятельно развивается въ уставѣ, но и иллюстрируется особой таблицей, по формѣ которой книги и организуются. Эта схема представляетъ также лишь усовершенствованіе старой формы ипотечной книги; вмѣстѣ съ тѣмъ—это та схема, которая въ наше время является, въ общемъ, господствующей и типической для германскихъ ипотечныхъ организацій.

По уставу ипотечная книга каждой недвижимости (Folium) имѣетъ заглавную страницу (Titelblatt), указывающую какъ бы пассивъ имѣнья, и три основныхъ рубрики (Haupt-Rubriken), соотвѣтствующихъ разнороднымъ правоотношеніямъ по недвижимости, изъ которыхъ каждая, въ свою очередь, дѣлится на извѣстное число колоннъ, отвѣчающихъ различнымъ моментамъ въ судьбахъ правоотношеній по недвижимостямъ; эти три рубрики, съ колоннами, указываютъ какъ бы активъ имѣнья [5]).

1) Заглавный листъ книги каждаго имѣнья содержитъ характеристику имѣнья, цѣлящуюся очертить, съ возможной для того времени точностью, какъ внутреннія свойства имѣнья, такъ и его особенности, отличающія его отъ другихъ имѣній. Въ этихъ цѣляхъ Folium указываетъ: условный и разъ навсегда опредѣленный N недвижимости; названіе ея; если она носитъ особое названіе; свойства ея (рыцарское имѣнье; домъ; свободное отъ построекъ мѣсто; ленъ или наслѣдственное имѣнье и т. п.); округъ, въ которомъ недвижимость находится; въ городѣ—улица и т. п.

Связи ипотечной системы съ кадастромъ уставъ не знаетъ, такъ какъ и самаго кадастра въ то время въ Пруссіи еще не было предпринято. Въ частности, уставъ не знаетъ и измѣренія имѣній [6]).

---

1) Т. I, § 6, въ противоположность французскому типу, гдѣ недвижимости привлекаются къ ипотечной организаціи лишь по мѣрѣ пріобщенія ихъ къ ипотечнымъ сдѣлкамъ.

2) Какъ во Франціи.

3) § 6, особенно же § 7.—Подробности въ §§ 9, 12—15, 16.

4) § 6, 9 и др.

5) § 30.

6) § 33.—Отступленіе отъ точной характеристики имѣній было сдѣлано и въ томъ

Когда нѣсколько отдѣльныхъ имѣній принадлежатъ одному и тому же собственнику и стоятъ другъ съ другомъ въ такой связи, что, вмѣстѣ взятыя, образуютъ одно цѣлое (т. наз. Herrschaft), тогда на заглавномъ листѣ книги этого комплекса (Folium) обозначается № и названіе цѣлаго комплекса, а подъ нимъ перечисляются названія отдѣльныхъ имѣній, образующихъ цѣлое [1]).

Если изъ этой общей массы потомъ выдѣляется то или другое имѣнье и отчуждается отдѣльно, — о томъ дѣлается отмѣтка въ I рубрикѣ книги, изъ цѣны комплекса дѣлается вычетъ, и названіе отдѣльнаго имѣнья зачеркивается на заглавномъ листѣ [2]).

2. Первая основная рубрика характеризуетъ собственника недвижимости и дѣлится на нѣсколько колоннъ:

a) Первая, подчиненная ей колонна, содержитъ имя владѣльца—настолько обстоятельно обозначаемое, чтобы его личность можно было отличить отъ всѣхъ другихъ лицъ, особенно одноименныхъ [3]).

b) Вторая подчиненная колонна указываетъ основаніе пріобрѣтенія (titulus acqu.) [4]).

c) Третья колонна указываетъ цѣну, за которую недвижимость пріобрѣтена владѣльцемъ [5]). При безвозмездномъ пріобрѣтеніи указывается цѣна, за которую недвижимость пріобрѣтена предшественникомъ [6]). За неимѣніемъ же подобныхъ данныхъ цѣна опредѣляется при руководствѣ данными таксаціи или страховой оцѣнки имѣній [7]).

3. Вторая главная рубрика указываетъ постоянныя повинности (Lasten) и реальныя обязательства, лежащія на имѣньѣ [8]). Не относятся къ повинности, въ смыслѣ ипотечнаго устройства, и не подлежатъ записи въ книгу тѣ платежи и повинности, которыя, по государственному устройству даннаго округа, взимаются со всѣхъ недвижимостей такого же рода въ пользу государства, правительства, церкви или духовенства, такъ какъ эти платежи уже вычтены изъ цѣны недвижимости, указанной въ ипотечной книгѣ. Пріобрѣтатель же и другія заинтересованныя лица могутъ сами легко освѣдомиться о такихъ повинностяхъ [9]) Очевидно, имѣется въ виду, безъ значительнаго ущерба для оборота, сократить работу ипотечныхъ установленій.

отношеніи, что принадлежности недвижимости и реальныя правомочія, являющіяся принадлежностями недвижимостей, изъ экономіи труда, не упоминались въ ипотечной книгѣ особенно, какъ очевидныя сами по себѣ. Но на особые случаи (отчужденіе ихъ) устанавливались особыя мѣры къ огласкѣ ихъ. §§ 34—36.

1) § 39
2) § 40.
3) § 41.
4) § 42.
5) § 43.
6) § 44.
7) § 45, 46.
8) § 47.
9) § 48.

Наоборотъ, постоянныя повинности, возлагаемыя на недвижимость путемъ частныхъ соглашеній, легатовъ или иного спеціальнаго титула, которыя покупатель обыкновенно вынуждается уже самъ вычитать изъ цѣны недвижимости, подлежатъ записи [1]).

Къ реальнымъ обязательствамъ, Real-Verbindlichkeiten, которыя отмѣчаются въ этой же рубрикѣ, относятся всѣ тѣ, на основаніи которыхъ такъ или иначе ограничивается полномочіе собственника распоряжаться имѣньемъ; таковы: свойство лена, фидеикоммисса, майората и сеньората, субституціи; pactum retrovenditionis, protimiseos, addictionis in diem и т. п.; договоры, которыми устанивливаются въ чьемъ-либо интересѣ полномочія, ограничивающія собственность владѣльца, и послѣдствія [2]). Напротивъ, договоры, которыми не ограничивается распоряженіе владѣльца имѣньемъ, а только устанавливается кому-либо вещное право на долю цѣны имѣнья, напр. продавецъ предоставляетъ себѣ собственность по поводу неуплаченной цѣны за отчуждаемую недвижимость, или, напр., на недвижимость возлагается денежный фидеикомиссъ, относятся уже къ 3-ей рубрикѣ [3]).

Реальные сервитуты вообще не подлежатъ записи, но могутъ быть записываемы, когда стороны требуютъ этого pro conservando jure [4]). Мотивъ тотъ же — сберечь трудъ, требуемый записью, безъ значительнаго ущерба для оборота, въ виду малаго экономическаго значенія этихъ отношеній въ глазахъ кредиторовъ.

4. Третья основная рубрика содержитъ всѣ прочіе долги, которыми только обременяется участокъ и которые не относятся ко 2-й рубрикѣ, — какое бы названіе они ни носили [5]). Тутъ, между прочимъ, заносятся и ипотеки [6]). Эта рубрика дѣлится, въ свою очередь, на нѣсколько колоннъ:

a) Первая колонна отводится подъ запись долговъ; b) вторая—подъ запись цессій. Въ эту же колонну записываются и залоги ипотечныхъ требованій [7]) и уступки пріоритетовъ одними ипотечными кредиторами другимъ, ниже ихъ стоящимъ по книгѣ, въ цѣляхъ усиленія обезпеченности послѣднихъ [8]). c) Третья колонна третьей основной рубрики содержитъ отмѣтки о погашеніи требованій по какому-либо основанію [9]).

Требованія, записанныя въ 3-ей рубрикѣ, нумеруются въ послѣдовательномъ порядкѣ ихъ записи [10]).

---

1) § 49.

2) § 50; § 51.

3) § 52; § 53.

4) § 54.

5) § 55.

6) § 56.

7) § 58.

8) § 59. Очевидно, имѣется въ виду случай выпуска закладныхъ листовъ на имѣнье, уже обремененное ипотеками частныхъ лицъ,—ибо закладные листы уравнены по дѣйствію съ простыми ипотеками. § 60.

9) § 61. Погашеніе реальнаго права на требованіе отмѣчается въ той же колоннѣ гдѣ записано право (§ 62).

10) § 63. Отсюда рангъ ипотекъ получаетъ внѣшнее осязательное выраженіе.

Внѣшній публицитетъ ипотечной книги уставъ проводитъ въ ограниченной мѣрѣ. Право осмотра книги принадлежитъ лишь собственнику; 3-и лица получаютъ право осмотра книги лишь по волѣ собственника или по приказу суда; но и судъ дозволяетъ осмотръ книги только управомоченнымъ по книгѣ лицамъ и 3-мъ заинтересованныхъ въ осмотрѣ ея.

Кромѣ непосредственнаго осмотра книги и восполненіемъ осмотра служила, по уставу, выправка ипотечнаго свидѣтельства in vim informationis [1]).

III. *Ингроссаціонныя книги*. При каждой описанной сейчасъ ипотечной книгѣ (совокупность Folien) ведется ингроссаціонная книга; въ эту книгу записываются полностью всѣ тѣ документы, изъ которыхъ въ ипотечную книгу заносится только сущность, суммарій; въ ней же оставляетъ слѣдъ и весь ходъ производства записи правоотношенія въ ипотечную книгу. Ингроссаціонная книга должна вскрывать всю обстановку правоотношенія, которое по ипотечной книгѣ указывается только въ своей сущности. Ингроссаціонная книга ведется по хронологической системѣ. Между нею и ипотечной книгой устанавливается система взаимныхъ ссылокъ [2]).

IV. *Вотчинные акты*. Кромѣ ингроссаціонныхъ книгъ, въ судахъ окружныхъ (Ober-Collegia), обязанныхъ завѣдовать ипотечнымъ дѣломъ имѣній, стоящихъ въ непосредственной юрисдикціи ихъ, ведутся вотчинные акты, содержащіе частные и оффиціальные акты, относящіеся до судьбы такихъ имѣній, въ подлинникахъ и копіяхъ, повидимому, по реальной системѣ [3]).

Эти акты были также вооружены внѣшнимъ публицитетомъ, что было особенно необходимо при волокитѣ производства въ ипотечныхъ установленіяхъ. Въ послѣднихъ предъявленное къ записи правоотношеніе могло оставаться долгое время незаписаннымъ въ книгу, и о существованіи его интерессентъ могъ узнать только путемъ освѣдомленія въ вотчинныхъ актахъ.

V. *Ипотечныя установленія, завѣдующія ипотечнымъ дѣломъ.*

1. Въ виду различія округовъ по юрисдикціи, завѣдываніе ипотечными книгами ввѣрялось до сихъ поръ отчасти Landes-Justiz—u. Landschaftliche Collegia, называемымъ кратко Ober-Collegia, равнымъ по значенію нашимъ окружнымъ судамъ, отчасти же низшимъ судамъ. Эти же установленія призываются и уставомъ къ завѣдыванію ипотечнымъ дѣломъ. Причемъ окружные суды являются въ то же время и надзирающей инстанціей за низшими судами въ дѣлѣ организаціи и веденія ипотечной части [4]).

Самое веденіе ипотечныхъ и другихъ книгъ входитъ въ обязанность особаго чиновника-ингроссатора. Общія обязанности его вытекаютъ изъ существа его функцій.

Въ цѣляхъ приданія особой санкціи закону, устанавливаются условія и предѣлы отвѣтственности чиновниковъ за нарушеніе закона [5]). Но уставъ

---

[1]) §§ 70—81 т. I, § 8—10 т. II, см. также выше.

[2]) § 64—67.

[3]) § 68, 69.

[4]) Tit. II § 1 ср. т. I, § 68 и § 1, 2.

[5]) § 70—81 т. I, § 8—10 т. II.

еще ничего не зналъ о субсидiарной отвѣтственности государства за дѣйствiя ипотечныхъ чиновниковъ.

VI. *Производство въ ипотечномъ дѣлѣ.* Нормальнымъ уставъ признаетъ производство въ окружныхъ судахъ, исключительнымъ—производство въ низшихъ судебныхъ установленiяхъ. Основанiя производства, въ общемъ, одни и тѣ же. Только производство въ низшихъ судахъ упрощенное. Уставъ тщательно регулируетъ нормальное производство и кратко отмѣчаетъ особенности упрощеннаго производства въ низшихъ судахъ [1]).

А. Нормальное производство. 1. Общiя начала его. Производство записи права въ ипотечную книгу уставъ заимствуетъ изъ старыхъ уставовъ, особенно изъ Силезскаго и изъустава для ленныхъ имѣнiй отъ 1723 г. Производство открывается письменнымъ прошенiемъ стороны о записи [2]). Такъ что и уставъ провозглашаетъ въ принципѣ начало частной инициативы въ ипотечномъ производствѣ, хотя, какъ увидимъ ниже, и прорѣзываетъ это начало важными исключенiями, допуская рядъ случаевъ, гдѣ установленiе безъ нужды дѣйствуетъ ex officio. Прошенiе поступаетъ къ ингроссатору, который и отмѣчаетъ моментъ его поступленiя какъ на предъявляемомъ актѣ, такъ и въ ингроссацiонной книгѣ, и направляетъ дѣло къ докладу въ судебную коллегiю [3]). Содержанiе прошенiя и моментъ предъявленiя его имѣютъ важное значенiе для содержанiя записываемаго права и его прiоритета, хотя, въ виду легалитета, значенiе прошенiя для содержанiя записи и не столь еще рѣшительное, какъ въ позднѣйшемъ правѣ.

Коллегiя изслѣдуетъ какъ прошенiе, такъ и сопровождающiе его акты, какъ со стороны ихъ формы, такъ и со стороны содержанiя, со всей той тщательностью, которая такъ прославлена въ исторiи вопроса подъ именемъ легалитета. Уставъ не ограничивается, при этомъ, нормой, онъ вдается въ разсужденiя, объясняющiя мотивы легалитета и наглядно иллюстрирующiя степень его распространенiя. „Хотя коллегiи, по силѣ § 77, т. I, и не отвѣчаютъ за дѣйствительность и правомѣрность совершаемыхъ сторонами дѣйствiй, тѣмъ не менѣе на ихъ обязанности лежитъ заботиться со всей возможной внимательностью о томъ, чтобы въ книгахъ не записывались противозаконныя или явно недѣйствительныя сдѣлки, чтобы довѣрiе публики къ легалитету записаннаго въ судебную книгу дѣйствiя не могло употребляться во зло, для обходовъ и обмановъ, и чтобы неполнота, туманность и другiе недостатки предъявляемыхъ для записи инструментовъ не давали повода къ послѣдующимъ процессамъ и т. под. волокитѣ“. Въ этихъ цѣляхъ коллегiи и должны не только наблюдать за тѣмъ, чтобы домогательство сторонъ само по себѣ не содержало ничего противоправнаго, но и изслѣдовать и испытовать то, выполнены-ли при совершенiи самаго акта, подлежащаго записи въ

---

1) Т. II, § 1.
2) Т. II, § 3—6.
3) Т. II, § 8—10.

ипотечную книгу, тѣ условія, которыя предписаны закономъ для дѣйствительности и правомѣрности его, опредѣленно-ли и достаточно-ли полно составлены документы, совершонные о сдѣлкѣ, и имѣютъ-ли они ту внѣшнюю форму и видъ, которые необходимы и которые отвѣчаютъ различнымъ родамъ сдѣлокъ [1]).

Подобному изслѣдованію подвергаются и довѣренности представителей сторонъ [2]). Просьба, оказавшаяся, по изслѣдованіи ея, противной законамъ и недопустимой, не подлежитъ и записи; проситель извѣщается судомъ, мотивирующимъ и отказъ въ записи.

Если же просьба закономѣрная и только подлежащему записи акту не достаетъ чего либо для соотвѣтствія требованіямъ, предъявляемымъ закономъ къ его внѣшней сторонѣ, напр., требованію легитимаціи, требованію состава или внѣшней формы инструмента, требованію полномочія, — то проситель извѣщается о томъ, какія еще дѣйствія онъ долженъ предпринять, чтобы его просьба была удовлетворена. А для сохраненія за правомъ, о записи котораго просятъ, мѣста въ ипотечной книгѣ по моменту предъявленія закономѣрной, хотя и не вполнѣ годной для записи, просьбы, судъ обязуется ex officio совершать протестацію въ интересѣ контрагента, въ пользу котораго испрашивается запись права, съ назначеніемъ просителю срока для исправленія недочетовъ просьбы и устраненія препятствій пріостановки производства. Обо всемъ этомъ извѣщается и владѣлецъ недвижимости [3]).

Постановленіе коллегіи объ окончательной записи, составленное по извѣстнымъ правиламъ, направляется къ ингроссатору, завѣдующему ипотечными книгами, который немедленно подчиняется ему [4]).

Запись совершается ингроссаторомъ со всей тщательностью; ингроссаторъ устраняетъ всякія недоразумѣнія, выясняя ихъ черезъ опросъ коллегіи. Порядокъ, въ которомъ записываются требованія, касающіяся одного имѣнья, опредѣляется той послѣдовательностью, въ какой ингроссатору предъявляются меморіалы суда, содержащіе постановленія о записи [5]). А эти постановленія слѣдуютъ въ судѣ по мѣрѣ предъявленія прошеній о записи въ судъ отъ ингроссатора. Послѣдній же, въ свою очередь, направляетъ дѣла въ судъ по порядку поступленія къ нему прошеній отъ сторонъ. Такимъ образомъ, послѣдовательность записей есть та же послѣдовательность поступленія прошеній о записи въ судъ со стороны частныхъ лицъ; правило — единственно способное примирить матеріальную и формальную сторону правоотношеній.

Механическая запись завершаетъ сложный актъ правовой записи, открывающейся предъявленіемъ просьбы о записи права. Эта просьба опредѣля-

---

[1]) § 11—13, § 14, 15.
[2]) § 16. Подробности въ § 17.
[3]) II, § 18.
[4]) II, §§ 19—27.
[5]) II, § 28—36.

етъ пріобрѣтеніе права, моментъ ея предъявленія вліяетъ на рѣшеніе вопроса о bona fides пріобрѣтателя, о вліяніи конкурса на пріобрѣтеніе уже предъявленныхъ къ записи ипотекъ и т. д. Но полный публицитетъ пріобрѣтеніе права получаетъ только съ механической записью; отсюда уставъ и требуетъ, чтобы юридически запись датировала съ момента механическаго ея выполненія, хотя, для внутренняго распорядка въ ипотечномъ установленіи, и принимаются мѣры къ согласованію механической записи съ моментомъ предъявленія просьбы о записи.

По выполненіи записи въ ипотечную книгу, совершается регистратура о фактѣ записи какъ на подлинномъ актѣ сдѣлки, такъ и въ ингроссаціонной книгѣ [1].

Затѣмъ изготовляется совмѣстно регистраторомъ и коллегіей актъ, называемый Recognition или Recognitions-Schein (вотчинное или ипотечное свидѣтельство) и представляющій дословную запись изъ вотчинно-ипотечной книги, служащую не только цѣли ознакомленія съ книжнымъ правоотношеніемъ по недвижимости, но и цѣли доказательства права держателя свидѣтельства, т. е., въ извѣстной мѣрѣ, свидѣтельства являются орудіемъ оборота вотчинныхъ правъ [2]. Впрочемъ, значеніе ихъ не заходитъ, пока, за границы значенія аналогичнаго свидѣтельства Силезскаго устава. А вотчинное свидѣтельство выдавалось даже только по желанію пріобрѣтателя недвижимости.

Кромѣ этой общей схемы, уставъ намѣчаетъ рядъ разновидностей производства для записи различныхъ вотчинныхъ правъ, въ зависимости отъ значенія записи для судьбы этихъ правъ.

2. *Особенности производства при записи титула владѣнія* (*Besitztitelberichtigung*). Хотя уставу приписывали позднѣе черты строго-ипотечной системы, онъ, въ дѣйствительности, несомнѣнно цѣлился создать вотчинно-ипотечную систему. „Въ интересахъ общественнаго порядка и вѣрности оборота недвижимостей—говорится въ уставѣ—требуется извѣстность и ясность отношеній по собственности недвижимыхъ имѣній. А этого можно достигнуть лишь при томъ условіи, когда всѣ перемѣны, происходящія въ судьбахъ права собственности, будутъ записываемы въ ипотечную книгу“ [3].

Сообщеніе, указывающее и титулъ пріобрѣтенія, совершается въ теченіе 1 года со дня пріобрѣтенія [4]. Въ случаѣ упущенія стороны съ заявленіемъ о пріобрѣтеніи, ипотечное установленіе само или черезъ надлежащій судъ напоминаетъ новому владѣльцу о его небрежности и назначаетъ небрежнику срокъ для заявленія и записи титула пріобрѣтенія, подъ угрозой денежнаго штрафа въ пользу фиска [5]. Если и этотъ срокъ будетъ пропу-

---

1) Eod.
2) II § 37—41, отчасти ниже.
3) II, § 49.
4) II § 50.
5) II § 51.

щенъ стороною, штрафъ назначается и взыскивается фискомъ, который и понуждаетъ этимъ владѣльца къ показанію его Titulus poss. [1]).

Запись титула имѣетъ для владѣльца важное юридическое значеніе. Только тотъ владѣлецъ, который записалъ свой титулъ, получаетъ право совершать такія распоряженія недвижимостью, которыя подлежатъ записи въ ипотечную книгу [2]). Лицо же, не записавшее въ книгу своего титула, не можетъ и распоряжаться недвижимостью по ипотечной книгѣ до тѣхъ поръ, пока не запишетъ титула [3])—каковъ бы ни былъ послѣдній.

Но собственно для пріобрѣтенія запись пріобрѣтательнаго акта не имѣетъ значенія; пріобрѣтеніе совершается раньше записи,—путемъ соглашенія и традиціи; запись же только легитимируетъ пріобрѣтателя на одно изъ важнѣйшихъ полномочій собственника—на право распоряженія недвижимостью по ипотечной книгѣ. Творцы устава, какъ видно изъ матеріаловъ къ нему [4]), надѣялись, что принужденія къ записи и интереса пріобрѣтателя въ правѣ распоряженія недвижимостью будетъ достаточно, чтобы получилось соотвѣтствіе между жизнью и книгой, и потому они не задумались соединить въ своей системѣ черты двухъ разнородныхъ системъ: римской традиціи и германской публичной записи; они не думали, что это соединеніе можетъ внести дуплицитетъ собственности: dominium civile, гласную книжную собственность и dominium utile, фактическую, негласную собственность, при чемъ книжный собственникъ управомоченъ на распоряженіе недвижимостью по книгѣ, главнымъ образомъ на обремененіе недвижимости ипотеками, ибо отчужденіе собственности не могло быть совершено чисто книжнымъ собственникомъ, такъ какъ онъ не могъ совершить традиціи; а фактическій собственникъ управомоченъ на всѣ прочія полномочія, входящія въ составъ права собственности, кромѣ обремененія недвижимости ипотеками. По уставу, не знающему publica fides ипотечной книги, или защиты 3-го добросовѣстнаго пріобрѣтателя вещнаго права на недвижимость, дуплицитетъ еще не могъ грозить въ большой мѣрѣ интересамъ сторонъ, т. к. 3-й пріобрѣтатель не могъ положиться на свѣдѣнія книги; но когда позднѣе режиму устава была приписана fides p., опасность возрасла.

При малѣйшей дисгармоніи между жизнью и книгой дуплицитетъ собственности вносилъ хаосъ въ вотчинно-ипотечный оборотъ,—хаосъ, которому не было бы мѣста, если бы уставъ, вмѣсто полицейской мѣры Besitztitelberichtigung, ввелъ гражданско-правовую Auflassung, пріурочивъ къ записи самый моментъ пріобрѣтенія собственности и отказавъ римской традиціи въ какомъ-либо юридическомъ значеніи.

Если лицо не можетъ записать своего титула по уважительнымъ причинамъ,—оно можетъ, для обезпеченія себя отъ убыточныхъ для него распо-

---

[1]) II § 52; казуистика въ § 53—54.
[2]) II § 55.
[3]) II § 56.
[4]) См. Bornemann и Platner, ниже.

ряженій записаннаго владѣльца, совершить протестацію противъ распоряженій послѣдняго, если только укажетъ на свое право и на препятствія къ записи его [1]).

Въ подробностяхъ, уставъ различаетъ условія записи пріобрѣтенія по различнымъ основаніямъ послѣдняго.

a) Когда недвижимость пріобрѣтается по сдѣлкамъ между живыми, требуется предъявленіе подлиннаго акта пріобрѣтенія въ ипотечное установленіе. Актъ долженъ быть или явленъ въ судъ, или совершонъ у судебнаго коммиссара Justiz-Commissarius, или нотаріуса. Въ тѣхъ же провинціяхъ, гдѣ до устава не требовалось судебнаго акта или Civil-Tradition, запись пріобрѣтенія допускается впредь на основаніи акта пріобрѣтенія, совершоннаго у судебнаго коммиссара или нотаріуса, но не иначе, какъ если просьба о записи подписана обѣими сторонами; если же просьба о записи исходитъ отъ одного т. покупателя, продавецъ долженъ выразить свое согласіе на запись пріобрѣтательной сдѣлки, въ теченіе извѣстнаго срока (II §§ 58—64). Такимъ образомъ, въ этихъ провинціяхъ особое согласіе отчуждателя на запись пріобрѣтательной сдѣлки призывается восполнить ту волю, которая въ другихъ провинціяхъ выражается въ традиціи. Тутъ мы имѣетъ еще одно косвенное указаніе на то, что традиція не отмѣняется записью и, скорѣе, предполагается совершившейся до записи и что, поэтому, книжный собственникъ, который не является и фактическимъ собственникомъ, не можетъ и совершить такихъ распоряженій недвижимостью, которыя требуютъ традиціи. Другое косвенное указаніе на это мы находимъ въ регламентаціи ингроссаціонныхъ книгъ, гдѣ говорится, что въ эти книги заносится и фактъ Auflassung недвижимости (§ 65 т. I).

b) Когда недвижимость пріобрѣтается по сдѣлкамъ на случай смерти, уставъ различаетъ наслѣдника и легатарія. Первый самъ требуетъ записи, легитимируя себя предъявленіемъ завѣщанія. Второй можетъ записать свой титулъ только по волѣ наслѣдника (II § 65—70).

c) Уставъ не освобождаетъ отъ записи и законныхъ наслѣдниковъ, (II § 72—75), предъявляя къ нимъ приличныя случаю требованія.

Если пріобрѣтательный актъ содержитъ еще побочныя волеизъявленія сторонъ, то коллегія относится къ нимъ трояко: a) тѣ изъ нихъ, которыя ограничиваютъ право пріобрѣтателя на распоряженіе недвижимостью, коллегія ex officio записываетъ въ вотчинную книгу; b) тѣ же, которыя не содержатъ такого ограниченія, но по природѣ своей подлежатъ записи, коллегія записываетъ лишь по просьбѣ заинтересованнаго лица, при чемъ заботливо объясняетъ несвѣдущей сторонѣ, какой правовой интересъ она имѣетъ въ записи этихъ волеопредѣленій; c) наконецъ, тѣ, которыя содержатъ одни только личныя отношенія, вовсе не подлежащія записи въ ипотечную книгу, коллегія

---

[1]) II § 57.

и не записываетъ, и не объясняетъ ихъ значенія даже несвѣдущей въ законахъ сторонѣ [1]).

3. *Публицитетъ внутренній записи titulus p. или дѣйствіе записи для обезпеченія оборота.* И тутъ уставъ не идетъ дальше Силезскаго устава 1750 г. Хотя онъ и дѣлаетъ торжественное заявленіе, что „тотъ, на чье имя записанъ титулъ владѣнія недвижимостью, разсматривается за истиннаго и единственнаго собственника недвижимости" [2]), слѣдовательно, какъ будто хочетъ на началѣ принудительной записи титула установить внутренній и полный публицитетъ вотчинно-ипотечныхъ отношеній или хотя защитить 3-го добросовѣстнаго пріобрѣтателя отъ оспариваній его права со стороны внѣкнижныхъ управомоченныхъ, однако этого нѣтъ, и непосредственно слѣдующія за симъ предписанія устава уничтожаютъ изложенное торжественное начало. Развивая свое общее положеніе, уставъ замѣчаетъ: „Если лицо пріобрѣло недвижимость съ публичнаго торга, какъ больше всѣхъ давшее за вещь, то оно совершенно обезпечено въ отношеніи своей собственности, и никто не допускается болѣе съ притязаніемъ о собственности противъ такого пріобрѣтателя, изъ времени, предшествующаго куплѣ, какъ бы ни было крѣпко право пріобрѣтателя [3]). Если же лицо пріобрѣло недвижимость инымъ способомъ, то, при наличности всей заботливости и предусмотрительности ипотечнаго установленія, все еще возможны случаи, что кому-либо 3-му будетъ принадлежать на недвижимость лучшее право, чѣмъ новому пріобрѣтателю или тому, отъ кого послѣднему дошло имѣнье, при чемъ ипотечное установленіе не отвѣчаетъ за это (какъ указано въ т. I § 77) [4]). И пріобрѣтатель, для полнаго обезпеченія своего пріобрѣтенія противъ какихъ-либо притязаній о собственности со стороны 3-хъ лицъ, имѣетъ только одно средство, им. вызывное производство и преклюзивный приговоръ [5]).

Въ виду этого и ссужатели подъ ипотеку, если хотятъ надежности ипотечнаго обезпеченія, должны обращать вниманіе на это обстоятельство. Именно, если собственникъ недвижимости обезпечилъ себѣ владѣніе послѣдней тѣмъ, что пріобрѣлъ недвижимость съ торговъ или совершилъ вызывное производство и добился преклюзивнаго приговора въ свою пользу, то и кредиторъ, добивающійся записи своего ипотечнаго требованія на такую недвижимость, можетъ уже не бояться, что когда-нибудь ему могутъ еще предшествовать и грозить какія-либо незаписанныя реальныя притязанія, хотя бы и датирующія изъ времени обладанія недвижимостью прежняго собственника [6]). Слѣдовательно, въ противномъ случаѣ, запись ипотеки, послѣдовавшая противъ книжнаго собственника, можетъ еще пасть, какъ только недвижимость

---

[1]) § 79—86 т. II. Подробности въ II § 87—91.

[2]) II § 92: „Derjenige, für welchen solcher Gestalt der Titulus possessionis auf einen Grundstück berichtiget worden, ist für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen".

[3]) II § 93.

[4]) II § 94.

[5]) II § 95. Производство регулируется также по Силезскому уставу (II § 96—102).

[6]) II § 103.

будетъ виндицирована у книжнаго собственника 3-мъ лицомъ, имѣющимъ больше правъ на нее, чѣмъ имѣетъ записанный пріобрѣтель. Такъ слабо было проведено начало публицитета въ уставѣ 1783 г. [1]).

4. *Особенности производства при записи ипотекъ.*

I. *Запись договорной ипотеки* слѣдуетъ на основаніи прошенія о записи и простого акта ипотечной сдѣлки, въ отношеніи которыхъ суду предоставляется и вмѣняется въ обязанность самое инквизиторское право изслѣдованія, направляющагося на личныя свойства должника, въ частности на то, записанъ ли онъ въ ипотечную книгу;—на свойства его права на недвижимость, при чемъ слабыя стороны его правомочія судъ обязуется вскрывать передъ кредиторомъ и оговаривать въ ипотечномъ свидѣтельствѣ;—на природу и условія сдѣлки, при чемъ порочность accidentalia negotii не вліяетъ на дѣйствительность сдѣлки; — на содержаніе инструмента, при чемъ судъ изслѣдуетъ и опредѣленность, и ясность формулировки волеизъявленія, наличность causa debendi, наличность указанія сорта монеты, суммы требованія, срока уплаты, условій востребованія долга, высоту %'а и т. д.; если по какому-либо изъ этихъ вопросовъ судъ найдетъ актъ неудовлетворительнымъ, онъ, не задерживая записи, наводитъ болѣе точныя свѣдѣнія у сторонъ и отмѣчаетъ послѣднія на актѣ; наконецъ, судъ обращаетъ вниманіе и на форму акта, хотя послѣдняя и можетъ быть частной; требуется только, чтобы она была письменной [2]). Здѣсь опека власти надъ подданными получаетъ свое высшее выраженіе.

Записи ипотеки можетъ требовать прежде всего должникъ, самъ [3]) или черезъ представителя [4]); волеизъявленіе кредитора на запись тогда вовсе не требуется [5]).

Но и кредиторъ можетъ добиваться записи. Только въ этомъ случаѣ требуется уже, чтобы документъ, на основаніи котораго кредиторъ добивается записи, содержалъ согласіе должника на запись [6]). При чемъ различаются 2 случая. Когда актъ судебный, запись безусловно совершается, и должникъ только извѣщается о записи [7]). Когда же актъ частный, должникъ вызывается въ ипотечное установленіе для признанія акта, въ теченіе извѣстнаго срока [8]). Если должникъ не признаетъ акта, или же и признаетъ, но сдѣлаетъ возраженіе противъ него или противъ его записи, дѣло идетъ въ судъ и кредитору остается только совершить protestatio, для сохраненія за своей ипотекой мѣста по

---

[1]) Производство при записи вещныхъ правъ, кромѣ собственности и ипотеки, мы не будемъ излагать, какъ мало насъ интересующее. О немъ трактуютъ §§ 104—126 т. II. Кругъ подлежащихъ записи правъ намъ уже извѣстенъ изъ очерка ипотечнаго листа.

[2]) II § 127—142.

[3]) II § 143.

[4]) II § 144.

[5]) II § 145.

[6]) II § 146—147.

[7]) II, § 148—149.

[8]) II, § 148, 150.

книгѣ, слѣдуемаго ей по моменту предъявленія просьбы о записи ея [1]). Если же должникъ признаетъ актъ и соизволитъ запись его, объ этомъ налагается на ипотечномъ актѣ регистратура и болѣе не имѣется никакихъ препятствій къ записи [2]).

Когда ипотечный актъ устанавливаетъ кумилятивную ипотеку, запись послѣдней совершается особо для каждаго имѣнья, и на листѣ каждаго имѣнья дѣлается отмѣтка, на какія имѣнія записана еще та же сумма. При чемъ, на каждое имѣніе заносится вся занятае сумма, если иное не договорено [3]).

Когда ипотечный актъ содержитъ титулъ генеральной ипотеки, запись послѣдней слѣдуетъ на любое отдѣльное имѣнье и на всѣ имѣнья должника вмѣстѣ.

Но если на нѣкоторыя изъ имѣній запись не будетъ совершена, генеральный кредиторъ не получаетъ и правъ залога на него. Если запись генеральной ипотеки совершается на различныя имѣнія въ разное время, то и дѣйствіе ипотеки начинается въ разное время, именно съ момента поступленія просьбы о записи ипотеки на данную недвижимость [4]). Отсюда ясно, что уставъ третируетъ запись ипотеки какъ способъ самаго возникновенія ея.

Когда запись ипотеки совершена, кредиторъ получаетъ ипотечное свидѣтельство (H.-Schein in vim Recognitionis). Это свидѣтельство представляетъ точное сходство съ ипотечной книгой данной недвижимости. И только изъ него кредиторъ съ достовѣрностью узнаетъ, чѣмъ будетъ обезпечена ссуда, которую онъ совершитъ подъ записанную ипотеку. Такимъ образомъ, установленіе ипотеки предшествуетъ во времени возникновенію обезпечиваемаго ею кредитнаго отношенія.

Если судъ совершитъ въ свидѣтельствѣ ошибки, которыя вовлекутъ кредитора въ ущербъ, такъ какъ представятъ ипотеку въ ложномъ свѣтѣ къ невыгодѣ кредитора, судъ отвѣчаетъ [5]).

Въ виду того, что запись ипотеки и рекогниціонное ипотечное свидѣтельство могутъ быть совершены раньше, чѣмъ кредиторъ вручитъ заемную сумму, можетъ случиться, что ипотека возникнетъ раньше, чѣмъ обезпечиваемое ею требованіе.

Во избѣжаніе матеріальной неправды, могущей возникнуть отсюда, уставъ и даетъ должнику 30 дней срока для ожиданія ссуды послѣ записи ипотеки. Если въ теченіе этихъ 30 дней должникъ не получитъ ссуды, то онъ обязуется въ теченіе слѣдующихъ 8 дней сдѣлать о томъ заявленіе въ ипотечное установленіе и совершить протестацію. Въ свою очередь и кредиторъ въ

---

[1]) II, § 151—153.
[2]) II, § 154—155.
[3]) II, § 159—160; 161—164.
[4]) II, § 165—168.
[5]) II, § 169- 174.

теченіе 38 дней съ момента записи ипотеки не можетъ распорядиться ею. О протестаціи должника кредиторъ извѣщается. По совершеніи протестаціи должникъ воленъ или ждать врученія заемной суммы, или требовать погашенія записи ипотеки, а кредиторъ—требовать погашенія протестаціи или вызвать должника къ предъявленію послѣднимъ иска противъ него, кредитора. Если по истеченіи 38 дней или въ теченіе ихъ, но до протестаціи, ипотека передана 3-му лицу, exceptio non num pec. противъ 3-го лица не допускается [1]).

II. Молчаливая, законная ипотека записывается по требованію заинтересованнаго, представляющаго и актъ, управомочивающій на запись такой ипотеки. И тутъ уставъ различаетъ 2 случая. Когда должникъ признаетъ титулъ законной ипотеки, послѣдняя безъ дальнѣйшаго записывается и должникъ только извѣщается о записи. Когда же должникъ не признаетъ титула, онъ вызывается для дачи согласія на запись; при отказѣ должника дать согласіе, судъ изслѣдуетъ вопросъ и восполняетъ согласіе. А пока кредиторъ записываетъ свою протестацію [2]).

III. Съ соотвѣтствующими модификаціями, въ частности, безъ указанія точной суммы долга, заносится въ 3-ю рубрику и cautiones и поручительства [3]).

IV. Запись закладныхъ листовъ регулируется въ своихъ особенностяхъ уставами кредитныхъ обществъ [4]).

5. *Цессіи, залоги и т. д. записанныхъ постовъ* совершаются передъ судомъ и только тогда могутъ быть записаны въ ипотечную книгу [5]).

Цессія ипотечныхъ требованій дѣйствительна и безъ записи ея въ ипотечную книгу и безъ согласія на нее должника [6]). Цедентъ и должникъ не могутъ повредить взаимными дѣйствіями цессіонарію, такъ какъ уплата и погашеніе записанныхъ постовъ совершается не иначе, какъ на представленіе акта, записаннаго въ ипотечную книгу. Этотъ же актъ передается цессіонарію. Цессіонарій заинтересованъ въ извѣщеніи должника о цессіи только для того, чтобы должникъ не совершилъ уплаты % цеденту подъ квитанцію, не зная о цессіи [7]).

И, тѣмъ не менѣе, цессіонарій заинтересованъ въ записи цессіи, въ виду слѣдующихъ обстоятельствъ, могущихъ причинить незаписанному цессіонарію непоправимый ущербъ: 1) возможно, что на записанное требованіе совершена protestatio non num. pec., о которой цессіонарій изъ имѣющихся у него документовъ не знаетъ ничего; 2) возможно, что къ моменту совершенія цессіи уступленный документъ не имѣетъ болѣе дѣйствія—или потому,

---

1) II, § 175—181.
2) II, § 182—193.
3) II, § 194—197.
4) II, § 198.
5) II, § 199—209.
6) II, § 210.
7) II, § 211—212.

что должникъ уплатилъ сумму долга первому кредитору-цеденту подъ простую квитанцію, а послѣдній осуществилъ судебную амортизацію инструмента подъ предлогомъ, что таковой утраченъ (что возможно),—или потому, что постъ въ возникшемъ конкурсномъ или ликвидаціонномъ процессѣ остался внѣ круга удовлетворенныхъ притязаній (ausgefallen) и, на основаніи приговора, послѣдовавшаго о завершеніи плана распредѣленія конкурсной массы, былъ погашенъ (что тоже возможно). 3) Возможно, что даже по совершеніи цессіи первый кредиторъ и должникъ совершатъ погашеніе уступленнаго требованія, амортизацію инструмента и погашеніе ипотеки на основаніи такой амортизаціи. 4) Въ конкурсномъ и ликвидаціонномъ производствѣ и т. п. только извѣстный изъ ипотечной книги, т. е. первый кредиторъ, вызывается per patentum ad domum или черезъ Edictales. И если этотъ кредиторъ не заявится, что весьма возможно, и допуститъ преклюзивный приговоръ объ ипотекѣ,—преклюзія уничтожаетъ ипотеку и въ отношеніи цессіонарія. 5) Наконецъ, когда на требованіе налагается аттестъ по ипотечной книгѣ, это опять причиняетъ цессіонарію ущербъ [1]).

Вездѣ тутъ цессіонарій имѣетъ только одно средство узнать о предстоящей участи ипотеки, это именно предъявить уступаемый ему актъ въ ипотечное установленіе и потребовать аттеста о томъ, что до момента предъявленія съ постомъ не произошло убыточныхъ для цессіонарія перемѣнъ [2]). Но на будущее время лучшимъ средствомъ является запись цессіи въ ипотечную книгу. Черезъ это имя цессіонарія и право его становятся суду извѣстными; цессіонарій получаетъ свидѣтельство о записи, и это свидѣтельство гарантируетъ цессіонарію настоящее положеніе его права [3]).

Залогъ, уступка пріоритета, арестъ и т. д. записаннаго въ книгу требованія, записываются аналогично цессіи [4]).

6. *Погашенія.* Обладатель записаннаго въ ипотечную книгу акта (ипотеки) управомоченъ на всѣ распоряженія записаннымъ правомъ, пока постъ записанъ на его имя и не погашенъ [5]). Отсюда должникъ, по удовлетвореніи кредитора, въ цѣляхъ обезпеченія себя отъ послѣдующихъ распоряженій кредитора ипотекой по книгѣ, благоволитъ, на-ряду съ квитанціей, получить отъ кредитора и записанный въ ипотечную книгу актъ [6]). На основаніи ихъ, по просьбѣ должника, и совершается погашеніе удовлетвореннаго требованія, записаннаго въ книгу [7]).

Аналогично регулируется и погашеніе другихъ вещныхъ правъ [8]).

---

[1]) II, § 213.

[2]) II, § 214.

[3]) II, § 215. Подробности производства въ §§ 216—227.

[4]) § 228—239.—О закл. листахъ въ § 240.

[5]) § 241.

[6]) § 242, 243.

[7]) Самое производство въ § 244—259.—Случай частичныхъ уплатъ въ § 260, случай консолидаціи—въ § 261.

[8]) § 262—265.—Погашеніе требованій, оставшихся неудовлетворенными въ конкур-

Дѣйствіе погашенія состоитъ въ томъ, что погашенный постъ утрачиваетъ тѣ свойства права, которыя связаны съ записью его въ ипотечную книгу. Неправильное погашеніе тѣмъ не менѣе преюдицируетъ въ ущербъ обладателю погашеннаго права и въ пользу тѣхъ, которые записываютъ свои права послѣ погашенія, опираясь на довѣріе къ ипотечной книгѣ. Сторона же, потерпѣвшая отъ погашенія ея права, возмѣщаетъ свой ущербъ съ суда. Но погашеніе не служитъ на пользу тѣмъ, чьи права были уже записаны къ моменту погашенія, такъ какъ противное повлекло бы для такихъ лицъ незаслуженное и ничѣмъ не оправдываемое обогащеніе. Наоборотъ, лица, которыя по цессіи или залогу пріобрѣли право, которое слѣдуетъ за погашеннымъ, но предшествуетъ его погашенію, извлекаютъ изъ погашенія пользу, если цессія послѣдовала за погашеніемъ, такъ какъ они имѣли новое и выгодное положеніе и разсчитывали на него [1]).

7. *Протестаціи.* Хотя уставъ 1783 г. и не знаетъ еще fides publica вотчинной книги, онъ тѣмъ не менѣе вообще признаетъ книгу за основу оборота. А сверхъ того уставъ разсчитываетъ на дѣйствіе, совмѣстное съ Ландрехтомъ, который и вовсе провозглашаетъ fides publica ипотечной книги. Въ виду всего этого уже уставъ считаетъ необходимымъ дать сторонамъ средство для возможнаго согласованія матеріальной истины съ формальной. Такимъ средствомъ служитъ протестація. Протестаціи имѣютъ мѣсто тогда, когда лицо претендуетъ на реальное право къ недвижимости и безъ своей вины не можетъ записать его на свое имя.

Производство записи протестацій регулируется началами, отвѣчающими ихъ значенію и намъ уже знакомыми изъ предшествующаго изложенія. Иногда самая просьба о записи права, не будучи способна сама по себѣ вызвать запись права, является достаточной для записи протестаціи и означаетъ просьбу о записи протестаціи; въ другихъ же случаяхъ для записи протестаціи требуется особая просьба лица и представленіе хотя нѣкоторыхъ данныхъ, способныхъ убѣдить вотчинное установленіе въ наличности интереса просителя.

Дѣйствіе протестаціи состоитъ въ томъ, что она дѣлаетъ безвредными для протестанта всѣ тѣ сдѣлки о недвижимости, которыя будутъ совершены и записаны въ ипотечную книгу послѣ протестаціи [2]).

Изъ сказаннаго ясно, что уставъ 1783 г. еще не знаетъ точнаго различія протестацій и предварительныхъ отмѣтокъ, каковое различіе выдвинулось позднѣе.

8. *Ипотечныя свидѣтельства* до извѣстной степени уже очерчены выше. Это суть удостовѣренныя копіи съ листа ипотечной книги, относящагося до извѣстной недвижимости.

сѣ, въ § 266—268; погашеніе на основаніи вызывного производства § 269—272, на основаніи амортизаціи въ § 273—283.

[1]) § 285—288.

[2]) II, § 289—300.

Цѣль ихъ состоитъ или въ простомъ освѣдомленіи о правовомъ положеніи недвижимости, или же въ удостовѣреніи, что на недвижимость послѣдовала запись извѣстнаго права. Отсюда и различаются освѣдомительныя ипотечныя свидѣтельства и рекогниціонныя. Намъ уже извѣстно, что за правильность совершенія ихъ установленіе отвѣчаетъ имущественно [1]).

B. *Производство въ ипотечномъ дѣлѣ въ низшихъ судахъ*, въ общемъ, сходно съ таковымъ въ окружныхъ судахъ; отличіе состоитъ лишь въ томъ, что письменная просьба тутъ замѣняется устнымъ заявленіемъ, заносимымъ въ протоколъ, да суды еще больше призываются заботиться объ интересѣ темныхъ людей [2]).

VII. *Производство при организаціи вновь ипотечныхъ книгъ* регламентируется въ уставѣ съ такой же всесторонней тщательностью, какъ и производство при веденіи готовыхъ книгъ. Каждый шагъ суда—ссбираніе матеріаловъ и рода ихъ, группировка, очистка отъ ненужныхъ данныхъ, расположеніе по рубрикамъ и окончательное приведеніе ихъ въ видъ готовой и дѣйствительной ипотечной книги, привлеченіе сторонъ къ провѣркѣ данныхъ и т. д. и т. д.—урегулированы уставомъ съ такой обстоятельностью, что дѣятельность суда сводится почти къ механическимъ манипуляціямъ. Духъ отеческой опеки власти надъ подданными и недовѣріе къ чиновнику находятъ себѣ тутъ едва ли не самое яркое выраженіе. Заботливость, правда, находитъ оправданіе въ рѣшительной важности момента, но законодатель совершенно устраняетъ участіе публики въ затрогивающемъ ея живые интересы дѣлѣ, привлекая ее лишь тогда къ провѣркѣ данныхъ, когда уже все готово [3]).

VIII. Уставъ не регулируетъ матеріальнаго отношенія вещныхъ правъ на недвижимости, а, при регламентаціи формальнаго права, стоитъ всецѣло на старой почвѣ. И тѣмъ не менѣе онъ даетъ формальному праву такую совершенную обработку, что, вмѣстѣ съ матеріальнымъ правомъ Ландрехта, служитъ исходнымъ пунктомъ новѣйшаго правообразованія въ области вотчинно-ипотечнаго режима для всѣхъ важнѣйшихъ германскихъ государствъ. Значеніе его для Прусскаго правообразованія опредѣляется Дернбургомъ: „только съ его легкой руки прусской практикѣ удается дѣйствительно осуществить новыя начала ипотечнаго режима въ полной мѣрѣ!“ [4]).

§ 74. Allgemeines Landrecht 1794 г.

I. *Общая характеристика*. Мы уже не разъ отмѣчали, что новыя идеи легче и ярче проводятся въ жизнь путемъ спеціальной мѣры, чѣмъ черезъ кодификацію. Спеціальная мѣра, имѣющая исключительной задачей извѣстный новый вопросъ, уже потому тщательнѣе выражаетъ и рѣзче проводитъ касающіяся его правовыя начала. Этому не встрѣчается препятствій при

---

1) II, § 301—317.
2) III, § 1—17.
3) IV § 1—43.
4) I стр. 21.

специальной мѣрѣ и въ условіяхъ техники, въ частности, въ условіяхъ системы, такъ какъ, захватывая узкій кругъ вопросовъ, специальная мѣра легче справляется съ систематическими затрудненіями или даже измѣняетъ традиціонную систему въ приноровленіи къ особенностямъ новаго права, ею вводимаго. Иначе, по общему правилу, дѣло обстоитъ съ вновь нарождающейся правовой идеей при созданіи кодификаціи. Кодификація всегда консервативна; на-ряду съ новыми идеями, она всегда состоитъ, главнѣйшимъ образомъ, изъ прежняго матеріала. Подавляющая масса стараго отвлекаетъ вниманіе отъ должной оцѣнки новаго, или даже не допускаетъ полнаго проведенія новаго, какъ инороднаго въ отношеніи стараго. Новое тускнѣетъ въ кодификаціи и проводится сплошь и рядомъ слабо, непослѣдовательно, несовершенно. Еще больше тому препятствуютъ техническія условія, особенно условія системы. Система цѣлаго сплошь и рядомъ бываетъ традиціонная, не считающаяся съ новыми, только еще назрѣвающими идеями. А мы знаемъ, какъ важно положеніе института въ извѣстной системѣ. Система можетъ или поощрить, или убить новое, смотря по тому, куда она относитъ новое и съ какимъ вниманіемъ относится къ нему.

Въ ту эпоху, когда составлялся прусскій Ландрехтъ, идеи ипотечнаго режима были еще сравнительно новы и занимали скромное мѣсто въ массѣ правового матеріала, состоящаго изъ римскаго права, передѣланнаго на германской почвѣ. А господствующей системой какъ въ наукѣ права, такъ и кодификаціяхъ была традиціонная римская, идеализированная естественнымъ правомъ, т. е. чуждая, глухая и даже враждебная новымъ идеямъ ипотечнаго режима.

Этими условіями, въ общемъ, и опредѣлилось отношеніе Ландрехта къ ипотечному режиму. Съ одной стороны, Ландрехтъ усвоилъ его, такъ какъ не могъ не усвоить, прислушиваясь къ голосу самой жизни; а съ другой— онъ затемнилъ его и запуталъ своей системой. При чемъ, право ипотеки, около и ради котораго режимъ возникъ и развивался, какъ и слѣдовало ожидать, урегулировано рѣшительнѣе въ новомъ духѣ, чѣмъ право собственности, которое привлекалось къ ипотечному режиму больше въ интересахъ ипотеки, чѣмъ въ своихъ собственныхъ.

Въ общемъ ученіи о вещномъ правѣ Ландрехтъ высказываетъ положеніе: „Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf dem Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache“ [1]). Это положеніе какъ нельзя болѣе выражало господствующее въ то время ученіе естественнаго права, питавшееся римской идеей, что владѣніе есть обыкновенная форма, въ которой собственность проявляется фактически въ оборотѣ. Согласно ему, право становится вещнымъ, по общему правилу, въ силу передачи владѣнія. Запись въ книгу, которая въ другихъ мѣстахъ Ландрехта признается, хотя и по исключенію, тоже основаніемъ возникновенія вещнаго права, въ общемъ

---

1) LR. I 2 § 135.

ученіи о вещномъ правѣ ни разу даже не упоминается Ландрехтомъ, несмотря на тенденцію памятника къ систематичности. Такъ что Ландрехтъ, въ общемъ ученіи о вещномъ правѣ, связываетъ посредственное пріобрѣтеніе недвижимости, какъ и движимости, исключительно съ традиціей, при чемъ еще уравниваетъ два міра вещей, какъ будто Ландрехтъ есть философскій трактатъ естественнаго права, а не практическая система положительнаго права.

Въ ученіи о главнѣйшемъ вещномъ правѣ, о собственности, традиція опять указывается какъ общее начало. „Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert, auszer dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben“ [1]). Это начало относится къ движимостямъ и недвижимостямъ. Но тутъ же, въ ученіи о пріобрѣтеніи недвижимостей, уже и запись выдвигается; она упоминается какъ особенность пріобрѣтенія недвижимостей, но въ этомъ качествѣ она такъ подчеркивается, что принимаетъ видъ правила для оборота недвижимостей. Именно, сначала запись требуется, наподобіе устава 1783 г., для полученія пріобрѣтателемъ права распоряженія недвижимостью по книгѣ [2]). Потомъ запись требуется вообще для вѣрности оборота, какъ обязательная мѣра [3]). Наконецъ, пріобрѣтеніе отъ записаннаго собственника провозглашается предпочтительнымъ передъ пріобрѣтеніемъ отъ незаписаннаго [4]), а если нѣсколько претендентовъ производятъ титулы отъ одного записаннаго ауктора, то предпочитается не тотъ, кто получилъ вещь по традиціи, а тотъ, кто раньше записалъ свой титулъ [5]); если же никто не записалъ своего титула, то вопросъ о предпочтеніи рѣшаетъ опять не традиція, а время возникновенія титула [6]); такимъ образомъ, въ предписаніяхъ, относящихся собственно до недвижимостей, традиція совершенно умаляется въ своемъ значеніи, и выдвигаются титулъ и запись. Отсюда мы склонны согласиться съ тѣми учеными, которые, отчасти даже на основаніи изслѣдованія матеріаловъ къ Ландрехту, позднѣе приходили къ выводу, что Ландрехтъ имѣлъ въ виду, даже болѣе, чѣмъ уставъ 1783 г., вотчинно-ипотечную систему [7]) и, только благодаря своей традиціонной системѣ, особенно объединенію права движимыхъ и недвижимыхъ имѣній, затемнилъ вопросъ такъ, что враги новыхъ идей, опираясь на общія положе-

---

1) I 10 § 1.
2) I 10 § 6.
3) I 10 § 12.
4) I 10 § 18.
5) I 10 § 19.
6) I 10 § 20.
7) Plathner въ Jurist. Wochenschr. за 1847 стр. 450, и въ брошюрѣ: Grundzüge der Preuss. H.-Verf. u. deren Umsturz durch die neuere R.-Wisssch. Breslau 1856; Bornemann. въ Preuss. Ger.-Zeit. за 1860 стр. 85 и, въ извѣстной мѣрѣ, въ Syst. Darstell. des Preuss. Civ.-R. Berlin 1842 стр. 124.

нія Ландрехта, могли вложить въ содержаніе памятника чисто романистическій разумъ [1]).

Въ ученіи о залогѣ Ландрехтъ опять держится системы римскаго и естественнаго права; въ общемъ ученіи о залогѣ памятникъ сводитъ вмѣстѣ право заклада движимостей и ипотеки на недвижимости, какъ будто между этими институтами въ правѣ новыхъ народовъ, а особенно при дѣйствіи режима публицитета, не больше чертъ различія, чѣмъ чертъ сходства, и для обоихъ устанавливаетъ одни общія начала, въ ущербъ ясности обѣихъ организацій [2]). Впрочемъ, общая естественно-правовая система не помѣшала Ландрехту даже въ общемъ ученіи о залогѣ подчеркнуть разницу въ способахъ установленія ипотеки и заклада и уже совсѣмъ стряхнуть старое въ ученіи объ ипотекѣ и организовать институтъ ипотеки на точныхъ новыхъ началахъ.

Немаловажное ограниченіе начала публицитета представляло въ Ландрехтѣ чрезмѣрное расширеніе начала mala и bona fides, такъ что одно знаніе пріобрѣтателя о личномъ соглашеніи отчуждателя съ 3-мъ лицомъ, относящемся до пріобрѣтенія той же вещи, уже опорочивало неисцѣлимо актъ пріобрѣтенія [3]).

II. Право ипотеки въ Ландрехтѣ 1704 г.

1. *Понятіе ипотеки* дается Ландрехтомъ не особое для этого вида обремененія предмета и не со вниманіемъ къ имъ же внесеннымъ и вліяющимъ на понятіе ипотеки началамъ ипотечнаго режима, а—общее для ипотеки и заклада, традиціонное, даже римское понятіе—залога вообще. Залогъ есть вещное право, предоставляемое кому-либо на чужую вещь въ цѣляхъ обезпеченія требованія, и въ силу котораго управомоченный можетъ требовать своего удовлетворенія даже изъ субстанціи заложенной вещи" [4]). Лишь по условіямъ возникновенія ипотека, по мысли Ландрехта, отличается отъ заклада и тоже на римскій образецъ.

2. *Возникновеніе ипотеки.* Ландрехтъ согласно теоріи того времени, различаетъ титулъ и способъ возникновенія.

---

[1]) Даже Дернбургъ, I 21, констатируя пониманіе Ландрехта практикой, романизуетъ его смыслъ.

[2]) Насколько обобщеніе заклада и ипотеки неудачно, приведу для примѣра хотя-бы только послѣдствія акцессорнаго отношенія залога къ требованію. Въ общихъ положеніяхъ о залогѣ мы читаемъ, что залогъ при недѣйствительномъ требованіи недѣйствителенъ (I, 20 § 12), съ прекращеніемъ или задавнѣніемъ требованія—прекращается (I, 20 § 55, 56), тогда какъ въ ученіи объ ипотекѣ мы узнаемъ, что она не только существуетъ до тѣхъ поръ, пока не погашена по книгѣ (I, 20 § 522 и др.), но что до погашенія ипотеки не течетъ и давность требованія (I, 20 § 534).

[3]) I, 19 § 5, 6, I, 10 § 10 и сл., § 24, 25, I 20 § 4 23 if. и др.

[4]) LR. I, 20 § 1: „Das dingliche Becht, welches Iemanden auf eine fremde Sache zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt worden und vermöge dessen er seine Befriedigung, selbst aus der Substanz dieser Sache verlangen kann, wird ein Unterpfandsrecht genannt". Позднѣе мы увидимъ, насколько это опредѣленіе точное.

а) По титулу вообще ипотека все еще не отличается отъ заклада. Титулами для возникновенія обоихъ видовъ залога являются: 1) воля стороны [1]), 2) законъ [2]), 3) судебный приговоръ, послѣдовавшій на требованіе cautio [3]), 4) исполнительное производство [4]).

Но въ деталяхъ титулъ ипотеки регулируется уже многими особенными началами, объясняемыми ипотечнымъ режимомъ.

Договоръ, по которому устанавливается ипотека на все имущество должника или даже только на извѣстныя недвижимости, еще не даетъ кредитору права требовать записи ипотеки, хотя бы и судебнымъ порядкомъ [5]), а скорѣе же для этого требуется еще новое и открытое волеизъявленіе должника [6]). Послѣднее предписаніе нѣкоторые объясняютъ довольно правдоподобно романистическими идеями, именно остатками взгляда на запись, какъ на actus publicus, придававшій ипотекѣ свойства привиллегированнаго права и только [7]). Однако, въ Ландрехтѣ мы встрѣчаемъ и другое еще объясненіе. Дѣйствительность ипотечнаго права (an und für sich) зависитъ отъ дѣйствительности притязанія, для обезпеченія котораго ипотека устанавливается; поэтому ипотека не можетъ быть записана до тѣхъ поръ, пока должникъ возражаетъ на требованіе [8]). Спеціальное согласіе на запись служитъ лишнимъ средствомъ къ тому, чтобы поставить въ возможно полную гармонію матеріальную истину съ формальной.

Когда титуломъ ипотеки служитъ норма права и когда въ силу нормы права ипотекѣ подлежитъ все имущество должника, управомоченное лицо тѣмъ не менѣе должно испрашивать записи ипотеки на отдѣльныя недвижимости обязаннаго [9]). При чемъ согласіе должника уже не требуется. Спеціалитетъ объекта требуется не только формой ипотечной книги, но и интересами реальнаго кредита.

Во всѣхъ случаяхъ главное право, которое обезпечивается ипотекой, должно принадлежать управомоченному на ипотеку противъ того, кто записанъ въ ипотечную книгу какъ собственникъ [10]). Противъ незаписаннаго въ качествѣ собственника установителя ипотеки невозможно и пріобрѣтеніе дѣй-

---

[1]) I, 20 § 2.

[2]) Eod. § 3.

[3]) Eod. § 4.

[4]) Eod. § 5. Cp. I, 20 § 399.

[5]) I, 20 § 402.

[6]) Eod. § 403.

[7]) Gesetz-Revision Pensum III, Entwurf 1829.

[8]) I, 20 § 415—416.

[9]) I, 20, § 400. Если ипотека по закону ограничивается опредѣленными предметами, то на другіе предметы она уже не можетъ быть записана безъ согласія должника. I, 20 § 401.

[10]) I, 20 § 404. Общія положенія о залогѣ (I, 20 § 15—21), согласно коимъ залогъ можетъ установить всякій дѣеспособный и управомоченный на распоряженіе вещью..., опять оказывается неподходящимъ для ипотеки.

ствительной ипотеки [1]). Наоборотъ, ипотека, покоящаяся на правомѣрномъ титулѣ и направленная противъ лица, по книгѣ значащагося собственникомъ, сохраняетъ свою силу, хотя бы позднѣе и оказалось, что книжный владѣлецъ не былъ настоящимъ собственникомъ [2]).

Легитимація книжнаго собственника и защита 3-го пріобрѣтателя через publica fides ипотечной книги являются необходимыми и самыми первыми условіями обезпеченности и успѣха кредитныхъ отношеній по недвижимостямъ, и Ландрехту принадлежитъ честь провозглашенія втораго начала впервые въ Пруссіи.

Форма актовъ и другія внѣшнія условія регулируются ипотечнымъ уставомъ.

b) Чтобы пріобрѣтеніе завершилось, къ титулу долженъ присоединиться способъ пріобрѣтенія [3]). Въ этомъ-то способѣ пріобрѣтенія общія положенія о залогѣ и усматриваютъ различіе ипотеки отъ заклада. Въ то время какъ закладъ пріобрѣтается передачей вещи кредитору [4]), ипотека пріобрѣтается записью титула въ ипотечную книгу [5]). Этотъ новый способъ возникновенія ипотеки, провозглашенный уже въ общихъ положеніяхъ о залогѣ, развивается съ особенной рѣшительностью въ особомъ ученіи объ ипотекѣ. „Nur durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Grundbücher wird das Hyp.-Recht selbst erworben“ [6]). „До записи ни законная, ни договорная ипотека не имѣютъ значенія вещнаго права“ [7]). Такъ, Ландрехтъ порываетъ съ прежними колебаніями законодателя и устанавливаетъ начало записи какъ единственный способъ пріобрѣтенія ипотеки.

Коррективомъ суровости условій записи, особенно условія соизволенія должника на запись ипотеки, служитъ по Ландрехту институтъ протестаціи

---

1) Но условная запись ипотеки допускается и противъ незаписаннаго собственника, причемъ предписываются мѣры къ обращенію такихъ ипотекъ въ дѣйствительныя послѣ записи права собственника и нормируется отношеніе такихъ ипотекъ къ reservatio domini отчуждателя (I, 20 § 406—408).

2) I, 20 § 420.

3) I, 20 § 6.

4) Eod. § 7.

5) Eod. § 8. Система римскаго и естественнаго права и тутъ проводится такъ далеко, что въ общемъ ученіи о залогѣ различіе заклада и ипотеки по способу установленія ихъ проводится одинаково и безъ различія въ отношеніи движимостей и недвижимостей. И лишь въ спеціальномъ ученіи о закладѣ, Ландрехтъ оговаривается, что для возникновенія заклада недвижимости одной передачи недвижимости все же недостаточно, и требуется еще запись права въ ипотечную книгу (I, 20 § 99, 100 и др.). Но не лучше ли было бы отказаться отъ римской системы и усвоить германское дѣленіе на область движимыхъ и недвижимыхъ вещей!

6) I, 20 § 411.

7) Eod. § 412. Разныя подробности въ § 448—453. Однако, Ландрехтъ и отъ этого начала дѣлаетъ нѣкоторыя отступленія: управомоченный по законной ипотекѣ всегда, а по договорной въ случаѣ точнаго указанія обременяемыхъ имѣній, можетъ и безъ записи направить взысканіе, обходя промежуточныя стадіи, на обремененныя недвижимости, насколько послѣднія находятся во власти должника (I, 20 § 413, 414).

въ пользу кредитора, регулируемый Ландрехтомъ сходно съ уставомъ 1783 г. [1]). Коррективомъ суровости послѣдствій записи и въ цѣляхъ обезпеченія должника противъ разногласія формальной и матеріальной правды служитъ по Ландрехту протестація въ пользу должника. Черезъ одну запись притязанія въ ипотечную книгу должникъ, по Ландрехту, еще не утрачиваетъ возраженій, принадлежащихъ ему вообще противъ дѣйствительности притязанія. Противъ непосредственнаго контрагента эти возраженія допускаются неограниченно, но противъ 3-хъ лицъ они связаны извѣстными границами. Противъ пріобрѣтателя ипотеки по онерозному титулу возраженіе не допускается, развѣ что должникъ до пріобрѣтенія извѣстилъ 3-го пріобрѣтателя о наличности возраженій. Чтобы имѣть возраженіе противъ всякаго 3-го лица, должникъ благоволитъ отмѣтить ихъ въ ипотечной книгѣ. Для этого должнику дается сроку 4 недѣли по записи требованія. Своевременное возраженіе дѣйствуетъ противъ всѣхъ, даже ранѣе вступившихъ съ кредиторомъ въ отношеніе по поводу такого требованія. Для вѣрности пріобрѣтенія записаннаго права 3-и лица должны пережидать 4 недѣли со дня записи права въ ипотечную книгу [2]). Не трудно замѣтить, что и протестація въ пользу должника организована Ландрехтомъ сходно съ exc. non num pec. устава 1783 г.

Форма записи ипотеки, протестаціи должника и протестаціи кредитора регулируются уставомъ [3]).

Итакъ, по Ландрехту ипотека возникаетъ дѣйствительнымъ образомъ при условіи закономѣрнаго титула и записи. Ни титулъ безъ записи, ни запись безъ титула не способны создать права ипотеки. И титулъ и запись, по уставу, указываютъ causa obligationis. Отсюда, по Ландрехту и уставу, запись не является абстрактнымъ актомъ, а тѣмъ болѣе не является абстрактной сдѣлка, служащая титуломъ ипотеки. Порочность сдѣлки—титула ипотеки влечетъ порочность записи. Но эта порочность есть оспоримость, а не ничтожность правоотношенія. И, сверхъ того, onus probandi порочности лежитъ на должникѣ, а не на кредиторѣ. Въ отношеніяхъ непосредственныхъ контрагентовъ порочность осуществляется безусловно. Въ отношеніяхъ 3-хъ лицъ она находитъ себѣ естественное ограниченіе въ publica fides ипотечной книги, вводимой впервые Ландрехтомъ. Насколько пороки ясны изъ акта

---

1) I, 20 § 417—421.

2) I, 20 § 422—426.

3) I, 20 § 427. Ландрехтъ тутъ же регулируетъ и отвѣтственность ипотечныхъ установленій за неправильности, допущенныя при записи. Установленіе отвѣчаетъ за недостатки формы (I, 20 § 428) и не отвѣчаетъ за недостатки притязаній, обезпечиваемыхъ ипотекой (§ 429); оно отвѣчаетъ за „бросающіеся въ глаза“ недостатки инструмента (§ 430) и не отвѣчаетъ за экономическую достаточность обезпеченія, представляемаго ипотекой (§ 431); оно отвѣчаетъ за несоотвѣтствіе ипотечнаго свидѣтельства съ содержаніемъ ипотечной книги (§ 432). Послѣдовательность отвѣтственности: впередъ отвѣчаетъ сторона, желавшая незаконно обогатиться на счетъ кредитора (§ 433), и тотъ, кто своимъ подлогомъ вызвалъ неправильное дѣйствіе суда (§ 434). И только тотъ, кто, обойдя главнаго должника, можетъ направить взысканіе прямо на поручителя, можетъ направить его прямо противъ суда (§ 435).

сдѣлки, получаемаго 3-мъ лицомъ, и изъ ипотечной книги, настолько они осуществимы безъ дальнѣйшаго и противъ 3-го лица, такъ какъ въ этихъ случаяхъ 3-е лицо не можетъ ссылаться на довѣріе къ ипотечной книгѣ и невѣдѣніе обстоятельствъ случая. Но насколько порочность неясна изъ акта ипотеки и книги ипотечной, оспоримость ипотеки противъ 3-го лица, по правилу, не допускается; для допущенія ея въ этихъ случаяхъ требуется, чтобы должникъ отмѣтилъ ее въ ипотечной книгѣ и сдѣлалъ оспоримость публичной или чтобы 3-й пріобрѣтатель инымъ путемъ узналъ о порочности ипотеки, и сталъ „недобросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ“ ипотеки. Законодатель полагалъ, что такая организація будетъ достаточной для ипотечнаго оборота. Позднѣе, однако, выяснилось, что и эта мѣра публицитета не достаточна, такъ какъ при ней публицитетъ книги подтачивается внѣ ея существующими факторами.

3. *Притязанія, въ обечпеченіе которыхъ можетъ быть установлена ипотека.* Этотъ вопросъ регулируется въ общихъ положеніяхъ о залогѣ. Такими притязаніями являются всѣ правомѣрныя притязанія. Неправомѣрность притязанія, равносильная недѣйствительности его, влечетъ бездѣйствіе и ипотеки. Мы, однако, знаемъ уже, насколько это начало ограничивается публицитетомъ записаннаго въ ипотечную книгу требованія. Притязаніе можетъ быть не только уже существующимъ, но и имѣющимъ поступить въ будущемъ; такого рода притязаніе можетъ быть обезпечиваемо ипотекой настолько, насколько допускается ради него cautio [1]).

4. *Лица, могущія установить ипотеку.* Въ общемъ ученіи о залогѣ Ландрехтъ провозглашаетъ таковыми всѣхъ способныхъ и управомоченныхъ распоряжаться недвижимостью. Но ипотечный режимъ ставитъ границы и тутъ: ипотеку можетъ установить только тотъ, кто по ипотечной книгѣ значится собственникомъ обременяемой недвижимости [2]).

5. *Предметъ ипотеки.* Въ увлеченіи теоріей естественнаго права, питаемой римскими правовыми идеями, Ландрехтъ вовсе не затрогиваетъ въ общемъ ученіи о залогѣ вопроса о предметѣ ипотеки, хотя вся исторія германскаго правообразованія должна была бы указать законодателю, что въ этомъ пунктѣ закладъ и ипотека рѣзко различаются по германскому правовоззрѣнію. Ландрехтъ, напротивъ, охотно признаетъ закладъ и на недвижимости; ипотеку на движимости Ландрехтъ лишь обходитъ молчаніемъ. Но спеціальное ученіе объ ипотекѣ содержитъ и даже начинается вопросомъ о предметѣ ея. Предметомъ ипотеки являются недвижимыя вещи и тѣ права, которыя законъ приравниваетъ къ недвижимымъ вещамъ. Но и тутъ ипотечный режимъ вноситъ ограниченія. Ипотека допускается лишь на тѣ недвижимости и права, которыя записаны въ ипотечную книгу. Ипотека, по Ланд-

---

1) I, 20 § 11—14.

2) I, 20 § 15—31. См. также выше о титулѣ ипотеки.

рехту, не допускается даже на недвижимости, разъ только онѣ не пріобщены къ ипотечному режиму [1] [2]).

---

[1]) I, 20 § 390, 391. А закладъ недвижимости? Онъ тоже немыслимъ по Ландрехту безъ записи въ книгу, т. е. онъ тоже немыслимъ на незаписанную недвижимость. Что же остается отъ естественно-правовой системы Ландрехта и какое значеніе можно придавать ей при толкованіи разума памятника?! Очевидна отсюда вся неосновательность сужденій тѣхъ юристовъ, которые, опираясь на систему Ландрехта, строили выводы, неблагопріятные новому режиму. Понятно, Ландрехтъ устанавливаетъ и начала формальнаго права режима, тождественныя съ уставомъ (I, 20 § 392—398).

[2]) Ипотека распространяетъ свое дѣйствіе на всю недвижимость и на всѣ принадлежности ея, бывшія на лицо въ моментъ записи ипотеки (I, 20 § 443; понятіе принадлежности дается въ т. II § 42). Впрочемъ, въ этомъ отношеніи неодинаково третируются движимыя и недвижимыя принадлежности. Движимыя принадлежности, которыя отдѣлились за періодъ отъ возникновенія ипотеки и до осуществленія ея, разъ онѣ находятся въ рукахъ 3-хъ лицъ, не подлежатъ отвѣтственности по ипотекѣ (I, 20 § 445). Съ другой стороны, вновь присоединившіяся къ вещи движимыя принадлежности подчиняются ипотекѣ (Eod. § 446).

Недвижимыя принадлежности, бывшія въ моментъ установленія ипотеки, отвѣчаютъ по послѣдней, въ чьихъ бы рукахъ онѣ ни оказались въ моментъ осуществленія ипотеки (Eod. § 443). И если стороны желаютъ освободить ихъ отъ ипотечной отвѣтственности, онѣ должны открыто упомянуть о томъ какъ при описи подлежащихъ обремененію ипотекой недвижимостей, такъ и въ записи ипотеки въ книгу (§ 447).

Наоборотъ, недвижимыя принадлежности, дошедшія къ имѣнью послѣ записи ипотеки изъ чужой собственности, не подчиняются ипотекѣ, обременяющей главную недвижимость (§ 454,55).

Если на мѣсто обремененной ипотекой принадлежности, цѣною послѣдней, пріобрѣтается другая принадлежность, кредиторъ получаетъ ипотеку на новую принадлежность вмѣсто прежней (§ 456). Но онъ можетъ отказаться отъ этой комбинаціи, и тогда сохраняетъ право на старую принадлежность противъ ея новаго владѣльца (§ 457).

Когда вслѣдствіе исправленія границъ, раздѣла общаго имущества принадлежности недвижимостей обмѣниваются, кредиторъ не имѣетъ указаннаго выбора; новыя принадлежности тутъ уже по закону вступаютъ на мѣсто прежнихъ (I, 20 § 458, 59).

Если принадлежности оцѣниваются въ указанномъ производствѣ раздѣла или исправленія границъ на деньги, кредиторъ извѣщается о томъ судомъ (§ 460). Тогда онъ имѣетъ право выбора; онъ можетъ потребовать или возстановленія пострадавшей обезпеченности, путемъ употребленія на то денежной суммы, или уплаты изъ нея части капитальной суммы обезпеченнаго ипотекой долга (§ 461). Если должникъ не хочетъ этого или не можетъ, кредиторы имѣютъ право требовать досрочнаго удовлетворенія ихъ требованій (§ 462). Но они должны осуществить это право въ теченіе 6 недѣль. Если они это сдѣлаютъ, то ихъ ипотека на уступленную принадлежность сохраняется вплоть до окончанія ихъ отношеній. Если же они пропустятъ 6-нед. срокъ, ипотека ихъ на отдѣлившуюся принадлежность прекращается (§ 463—65. 466).

Право ипотечнаго кредитора не измѣняется и съ перемѣной субстанціи заложенной вещи (§ 469).

Приращенія и т. п., насколько они не являются принадлежностями недвижимости, присоединенными къ послѣдней изъ чужой собственности, подчиняются ипотекѣ, обременяющей главную вещь (§ 470). Ипотека поражаетъ и зданія, находящіяся на участкѣ или послѣ возведенныя. Но когда ипотека открыто устанавливается только на почву, а зданія построены на ней 3-мъ лицомъ, не собственникомъ почвы, тогда эти зданія не признаются заложенными, въ ущербъ строителю. Но собственникъ зданій все же обязуется удовле-

5. *Дѣйствіе ипотеки.* Этотъ вопросъ регулируется и въ общихъ положеніяхъ о залогѣ, но точнѣе онъ развивается въ спеціальномъ ученіи объ ипотекѣ.

Ипотека отвѣчаетъ передъ кредиторомъ прежде всего за капитальный долгъ. Но затѣмъ она отвѣчаетъ и за % на капиталы. Она не отвѣчаетъ за %, установленный на случай mora, равно за издержки по осуществленію требованія, если это открыто не условлено въ ипотечной сдѣлкѣ и не записано въ ипотечную книгу. Издержки на установленіе ипотеки обезпечиваются послѣдней лишь тогда, когда это открыто отмѣчено въ ипотечной книгѣ [1]).

Право ипотечнаго кредитора распространяется ради всего требованія кредитора какъ на цѣлое, на которое это право установлено записью, такъ и на отдѣльныя доли цѣлаго. Поэтому, если ипотека установлена на нѣсколько участковъ или если одинъ участокъ, обремененный ипотекой, раздѣленъ потомъ на нѣсколько участковъ, ипотечный кредиторъ можетъ направить взысканіе по поводу всего своего требованія на каждый участокъ и на любую долю раздѣленнаго участка [2]).

Сущность правомочій ипотечнаго кредитора выражается въ правѣ его требовать удовлетворенія созрѣлаго его требованія изъ заложенной вещи судебнымъ порядкомъ [3]). Ландрехтъ считаетъ нужнымъ добавить, что такъ какъ дѣйствіе ипотеки сводится главнымъ образомъ ко взысканію изъ цѣны заложенной недвижимости суммы требованія, то ипотечный кредиторъ не имѣетъ тѣхъ правомочій, которыя вытекаютъ изъ владѣнія вещью [4]). Кредиторъ осуществляетъ свое право черезъ секвестрацію, иммиссію и субгастацію недвижимости [5]).

творить ипотечныхъ кредиторовъ почвы въ предѣлахъ полной цѣны почвы, по высшей таксѣ. Въ этихъ предѣлахъ кредиторы могутъ направить взысканіе и на зданія и даже идутъ при удовлетвореніи въ возникшемъ конкурсномъ или ликвидаціонномъ процессѣ впередъ позднѣе записанныхъ на зданіе ипотечныхъ кредиторовъ (§ 471—474).

Плоды и доходы отъ участка подлежатъ ипотекѣ, пока они не отдѣлены отъ главной вещи. Отдѣленными плодами, разъ только кредиторъ не заявляетъ въ отношеніи ихъ своего права залога, собственникъ распоряжается свободно. Будущими же плодами должникъ-собственникъ не можетъ распоряжаться въ ущербъ ипотечному кредитору (I, 475—477). Поэтому лицо, желающее обезпечить себѣ будущее полученіе плодовъ, должно записать свое право въ ипотечную книгу. I, 20 § 478—81.

[1]) I, 20 § 482—489.

[2]) I, 20 § 467—468.

[3]) I, 20 § 436. Общія положенія о залогѣ содержатъ рядъ предписаній, развивающихъ вопросъ въ деталяхъ, особенно устанавливающихъ значеніе разнаго рода соглашеній сторонъ по вопросу о способахъ осуществленія удовлетворенія. I, 20 §§ 24—34. Lex commissoria открыто исключается § 33. Тутъ же регулируется и право вступленія младшихъ залоговыхъ кредиторовъ и поручителей въ положеніе старѣйшаго кредитора за удовлетвореніе послѣдняго. Право вступленія допускается лишь тогда, когда старѣйшее требованіе созрѣло, но тутъ даже и тогда, когда состоялось опредѣленіе суда о продажѣ залога. I, 20 § 36—41.

[4]) § 437. Отсюда Ландрехтъ выводитъ право собственника устанавливать и другія ипотеки на обремененную недвижимость. § 438, 439.

[5]) I, 20 § 490. Подробности производства въ уставѣ гражд. судопроизв. (I, 20 § 491).

Если должникъ ухудшаетъ вещь и этимъ умаляетъ обезпеченность ипотечнаго требованія, кредиторъ можетъ приступить къ преждевременному взысканію по своему требованію. А если онъ этого не хочетъ или не можетъ по свойствамъ обезпеченнаго притязанія, онъ можетъ просить судъ объ ограниченіи должника въ его правѣ распоряженія заложенной вещью [1]).

Насколько кредиторъ будстъ удовлетворенъ путемъ продажи или присужденія ему съ торговъ заложенной вещи, настолько возникаютъ всѣ дѣйствія уплаты, непосредственно совершонной должникомъ [2]). Напротивъ, самымъ установленіемъ залога должникъ не освобождается отъ личнаго обязательства [3]). Съ наступленіемъ срока уплаты кредиторъ можетъ направить взысканіе и на прочее имущество должника, и на его лицо [4]). Но должникъ можетъ направить кредитора съ его взысканіемъ на залогъ, если обремененная недвижимость еще находится въ рукахъ должника [5]). Если кредиторъ желаетъ отказаться отъ залога, онъ можетъ направить свое взысканіе на прочее имущество должника или даже на лицо [6]). Если за промежуточное время заложенная вещь будетъ отчуждена 3-му лицу, кредиторъ можетъ, сохраняя право залога, направить взысканіе раньше на должника [7]).

Кредиторъ всегда можетъ направить взысканіе прямо на залогъ кто бы ни установилъ послѣдній [8]). Когда же личный должникъ и собственникъ заложенной недвижимости суть разныя лица, кредиторъ имѣетъ выборъ: искать съ вещи или сначала съ должника. Искъ съ должника тутъ не лишаетъ кредитора права на залогъ до полнаго удовлетворенія [9]). Только 3-й собственникъ имѣетъ за себя предположеніе, что хотѣлъ обязаться передъ кредиторомъ не больше, какъ только въ предѣлахъ цѣны заложенной вещи [10]). Всякій собственникъ обязанъ допустить взысканіе кредитора, направленное на заложенную вещь,—но не свыше цѣны заложенной вещи, если лично не обязался [11]).

Такимъ образомъ, и въ Ландрехтѣ, какъ и въ кодексѣ Наполеона, мы замѣчаемъ компромиссъ между римской и германской организаціей ипотеки; когда должникъ и собственникъ заложенной недвижимости—одно лицо, кредиторъ обязуется прежде всего направить взысканіе на предметъ залога, какъ въ ср.-в. въ Германіи; когда же это разныя лица,—кредиторъ имѣетъ выборъ,

---

На торгахъ допускается торговаться и кредиторъ и должникъ; послѣдній только за наличную уплату (Eed. § 42).

1) I, 20 § 441—442.
2) § 43.
3) § 44.
4) § 45.
5) § 46.
6) § 47.
7) § 48.
8) § 49 и 492.
9) § 494, 95.
10) § 50, 51, 52.
11) § 53, 54, 492.

какъ въ Римѣ. Но предоставленіе 3-му обладателю заложенной вещи beneficium excussionis Ландрехтъ уже вовсе не допускаетъ.

По римскому образцу, ипотека Ландрехта еще признается акцессорнымъ правомъ, хотя акцессорное отношеніе и нарушается началомъ формальнаго бытія ипотеки, независимаго отъ свойствъ негласнаго личнаго требованія, по крайней мѣрѣ въ извѣстныхъ границахъ. И на этомъ формальномъ моментѣ ипотеки Ландрехта вскорѣ же юристы стали строить выводы, которые звучали парадоксами съ точки зрѣнія римскаго права [1]). Наконецъ, подобно ипотекѣ Наполеонова кодекса, германисты 60-хъ и 70-хъ гг. и въ ипотекѣ Ландрехта безъ труда отыскали бы выдвигаемыя ими черты германской ипотеки, какъ Realobligation, стоитъ только опираться на букву закона. И тутъ кредиторъ имѣетъ, съ виду, такъ же мало непосредственнаго воздѣйствія на заложенную вещь, какъ при ипотекѣ Наполеонова кодекса; — все право кредитора какъ будто сводится, подобно neuere Satzung, къ праву требовать судебнаго отчужденія заложенной недвижимости въ цѣляхъ удовлетворенія изъ выручки. Это требованіе направляется противъ каждаго наличнаго собственника заложенной недвижимости; собственникъ же какъ таковой признается въ Ландрехтѣ должникомъ ипотечнаго кредитора, т. е. какъ-будто обязаннымъ къ положительному дѣйствію, къ уплатѣ ипотечнаго долга; даже приговоръ суда, какъ утверждаетъ Дернбургъ, въ практикѣ прусскихъ судовъ гласитъ объ уплатѣ долга, и только на случай неуплаты грозитъ экзекуціей на заложенную недвижимость; отсюда, если кредиторъ достигаетъ недвижимости черезъ лицо ся собственника, то обязанность послѣдняго въ концѣ-концовъ не только существуетъ черезъ обладаніе заложенной недвижимости, но и падаетъ черезъ экзекуцію на недвижимость. Все это и даетъ право нѣмецкимъ юристамъ конструировать подобное ипотекѣ Ландрехта правоотношеніе, какъ германское вещное право требованія, Realobligation, и ставить современную ипотеку въ родовую связь отчасти съ neuere Satzung, отчасти съ Reallasten. Отъ первой ипотека отличается лишь тѣмъ, что она акцессорная и есть уже матеріальное вещное право; отъ вторыхъ она отличается тѣмъ, что предназначена служить единовременному, а не устойчивому осуществленію [2]).

Однако, и тутъ мы вынуждены повторить тѣ же критическія замѣчанія на конструкцію ипотеки Ландрехта, какъ Realobligation, которыя нами были сдѣланы выше для Наполеонова кодекса. Именно, ни въ матеріалахъ къ Ландрехту [3]), ни въ исторіи правообразованія до Ландрехта мы не встрѣчаемъ рѣшительно никакихъ намековъ на то, чтобы перемѣнился взглядъ на природу ипотеки послѣ ея романизаціи. Равно мы не можемъ объяснить такую перемѣну и какими либо практическими соображеніями, такъ какъ ипо-

---

[1]) Ниже.

[2]) Meibom § 4, Regelsberger § 10, Dernburg § 35, Sohm въ Grünhuts Zeitschr. V стр. 1, и друг.

[3]) Хранящихся въ Министерствѣ Юстиціи, въ Берлинѣ.

тека, конструируемая какъ Realobligation, не даетъ рѣшительно никакихъ практическихъ результатовъ, чѣмъ ипотека римская, какъ строго вещное право, поражающее недвижимость въ ея цѣновомъ моментѣ. Осуждающій собственника къ уплатѣ судебный приговоръ, воспослѣдовавшій на ипотечный искъ, санкціонируется лишь той же экзекуціей на заложенный предметъ и не допускаетъ экзекуціи на прочее имущество собственника заложенной недвижимости. Отсюда, и для Ландрехта отвѣтственность собственника заложенной недвижимости по ипотечному требованію можно понимать лишь какъ обще-гражданскую отвѣтственность терпѣть нападеніе кредитора на вещь. И тутъ собственникъ заложенной недвижимости имѣетъ лишь право, а не обязанность удовлетворить ипотечнаго кредитора. А способъ осуществленія права кредитора въ порядкѣ судебной экзекуціи, какъ мы уже знаемъ, не рѣшаетъ ничего въ вопросѣ о природѣ этого права.

Отсюда и въ примѣненіи къ ипотекѣ Ландрехта моментъ долга имѣетъ не больше значенія, чѣмъ въ примѣненіи къ ипотекѣ имперскаго уложенія, открыто отказавшагося отъ строенія ипотеки, какъ Realobligation, а именно моментъ долга тутъ имѣетъ значеніе чисто бытовое,—ипотека служитъ кредиту; но въ правовой организаціи ея этотъ долговой моментъ ничѣмъ рѣшительно не заявляетъ себя. Ипотека Ландрехта, подобно ипотекѣ Наполеонова кодекса, является строго вещнымъ бременемъ на недвижимость, поражающимъ послѣднюю въ ея цѣновомъ моментѣ. Но въ Ландрехтѣ уже болѣе, чѣмъ въ кодексѣ, эта римская сущность ипотеки получаетъ такой конкретный обликъ, который, по практической своей способности служить потребностямъ современнаго кредитнаго оборота, далеко оставляетъ за собою римское конкретное строеніе ипотеки. И не въ общей своей сущности, а въ конкретной организаціи современная ипотека отрывается отъ римскаго прообраза ея.

7. *Порядокъ и преимущества записанныхъ ипотечныхъ требованій*, по общему правилу, опредѣляется порядкомъ записей ихъ въ ипотечную книгу [1]).

Если цѣны вещи оказывается недостаточно для удовлетворенія всѣхъ или нѣсколькихъ ипотечныхъ кредиторовъ, тогда требованіе %-въ имѣетъ равное право съ требованіемъ капитала лишь въ размѣрѣ недоимки за 2 года. Въ остальной же суммѣ %-ое требованіе удовлетворяется послѣ всѣхъ, даже личныхъ требованій капитала. Такое органиченіе цѣлится, очевидно, по возможности уточнить размѣръ ипотечнаго бремени въ цѣляхъ спеціалитета суммы, что необходимо для оборотоспособности ипотекъ. Издержки на отчужденіе заложеннаго участка вычитаются изъ выручки отъ продажи недвижимости напередъ. Напротивъ, искъ ипотечнаго кредитора въ конкурсѣ противъ сокредиторовъ по осуществленію своего притязанія осуществляется иждивеніемъ самого кредитора [2]).

---

[1]) I, 20 § 500. Подробности въ §§ 501—503 съ ссылкой на § 451, 52.

[2]) I, 20 § 504—508, съ ссылкой на конкурсное право.

Ландрехтъ знаетъ и уступки ранга старѣйшимъ кредиторамъ въ пользу послѣдующихъ кредиторовъ. Уступка ранга особенно практикуется при обращеніи владѣльца недвижимости къ банковому кредиту, который допускается только подъ старѣйшую ипотеку.

Простое согласіе ипотечнаго кредитора на отчужденіе или дальнѣйшее обремененіе ипотеками заложенной недвижимости не оказываетъ вліянія на его право [1]).

Чтобы согласіе кредитора на преимущество новой ипотеки передъ его ипотекой получило силу, это преимущество должно быть совершено письменно и записано въ ипотечную книгу [2]).

А на практикѣ, кажется, уже на почвѣ Ландрехта допускалось оставленіе мѣста въ ипотечной книгѣ открытымъ для будущей ипотеки [3]).

8. *Цессіи ипотечныхъ требованій.* Ландрехтъ хотѣлъ быть вѣрнымъ римскому праву, когда устанавливалъ начало: „въ какой мѣрѣ ипотечный кредиторъ можетъ самъ распоряжаться записаннымъ въ книгу требованіемъ, въ такой же мѣрѣ онъ управомоченъ уступать и ипотеку, установленную для обезпеченія его требованія, а равно и закладывать ее“ [4]). Однако, скоро было открыто несоотвѣтствіе начала ипотечному режиму. И начало потерпѣло соотвѣтствующія ограниченія [5]).

Дѣйствительность цессіи ипотечнаго требованія не зависитъ отъ записи ея въ ипотечную книгу. Но запись оказываетъ кредитору важныя услуги [6]).

9. *Прекращеніе ипотеки.* И тутъ Ландрехтъ регулируетъ вопросъ не вполнѣ въ духѣ новыхъ началъ, имъ же провозглашенныхъ, а скорѣе въ духѣ стараго права, лишь уснащая послѣднее оговорками. Вопросъ регулируется какъ въ общихъ положеніяхъ о залогѣ, такъ и въ спеціальномъ отдѣлѣ объ ипотекахъ. Коренное начало прекращенія ипотеки—это слѣдующее: насколько прекращается притязаніе, для котораго установлена ипотека, настолько же, по крайней мѣрѣ по правилу, прекращается и вещное право ипотечнаго кредитора [7]). Отдѣльные случаи прекращенія главнаго притязанія регулируются Ландрехтомъ въ своемъ мѣстѣ [8]).

Но, какъ мы сейчасъ увидимъ, это начало терпитъ коренныя измѣненія отъ дѣйствія публицитета. Когда главное требованіе прекратилось, должникъ управомоченъ требовать погашенія ипотеки, по правиламъ устава 1783 г.

---

[1]) § 496.

[2]) I, 20 § 497. Незаписанная оговорка дѣйствительна между сторонами, но не въ отношеніи 3-го лица. § 498, 99.

[3]) Ниже.

[4]) I, 20 § 511. Цессія регулируется въ tit. 2, Abschn. 3.

[5]) Anh. § 53: „Цессіонарію только тогда можно предъявить возраженіе компенсаціи, возникшей до цессіи и т. п., когда возраженіе записано въ ипотечную книгу или стало извѣстно цессіонарію инымъ путемъ“.

[6]) I, 20 § 513, 514. Аналогично цессіи регулируется и залогъ ипотечнаго требованія. I, 20 § 515, 516.

[7]) I, 20 § 520.

[8]) § 55, 56—57, 60—67, 61—70.

И если онъ не сдѣлалъ этого, онъ не можетъ оспаривать права 3-го лица, пріобрѣтеннаго послѣднимъ отъ записаннаго кредитора, добросовѣстно довѣряясь ипотечной книгѣ, соблюдая предписанія закона. Чтобы защитить себя отъ подобныхъ распоряженій записаннаго кредитора, должникъ, въ случаѣ отказа кредитора дать согласіе на погашеніе ипотеки, долженъ, до рѣшенія дѣла судебнымъ порядкомъ, отмѣтить свое возраженіе противъ будущихъ распоряженій книжнаго кредитора, въ ипотечной книгѣ. И только правильно совершонное погашеніе отмѣняетъ вещное право кредитора. Но это погашеніе ипотеки наступаетъ и тогда, если бы самое притязаніе, для котораго ипотета установлена, еще не погасло [1]).

Но Ландрехтъ не выдерживаетъ до конца и этой новой точки зрѣнія и устанавливаетъ смягчающія начала, безъ ущерба для оборота. Если погашеніе записаннаго требованія послѣдовало неправильно, кредиторъ не теряетъ своего вещнаго права, полученнаго съ записью ипотеки. Онъ только не можетъ осуществить этого права въ ущербъ 3-мъ лицамъ, записавшимъ свои ипотеки или иныя вещныя права послѣ погашенія его ипотеки. Напротивъ, кредиторы, записанные раньше погашенія, не могутъ извлечь изъ погашенія выгодъ. Но погашеніе служитъ на пользу тѣхъ, кто получаетъ послѣ погашенія ипотеки, путемъ цессіи или залога, права, слѣдующія по книгѣ за погашенной ипотекой, хотя-бы записанныя и раньше погашенія, и отмѣчаютъ цессію и залогъ въ ипотечной книгѣ. Не служитъ неправильное погашеніе требованія на пользу кредиторовъ, незаписанныхъ вовсе [2]).

Такимъ образомъ, публицитетъ ипотечной книги, какъ таковой, вызываетъ уже извѣстную самостоятельность ипотеки и независимость ея въ существованіи и прекращеніи отъ обезпечиваемаго ею личнаго притязанія.

Эти свойства публичной ипотеки находятъ себѣ въ другомъ мѣстѣ признаніе, совершенно неожиданное съ точки зрѣнія романистической системы Ландрехта, но вполнѣ послѣдовательное съ точки зрѣнія началъ новаго ипотечнаго режима. Именно, Ландрехтъ заканчиваетъ регламентацію ипотеки положеніемъ, что до погашенія ипотеки по книгѣ не течетъ и давность личнаго требованія, ипотекой обезпечиваемаго [3]).

Въ этомъ случаѣ самое личное отношеніе ставится въ зависимость отъ вещнаго права ипотеки.

III. *Право собственности въ Ландрехтѣ.* Въ ученіи о собственности мы намѣтимъ лишь организацію перехода ея изъ рукъ въ руки, такъ какъ съ этой именно организаціи началось перерожденіе института въ духѣ потребностей современнаго экономическаго строя, и эта же организація создавалась въ цѣляхъ соотвѣтствія отношеній по собственности интересамъ вѣрной постановки реальнаго кредита.

---

[1]) § 521—525.

[2]) I, 20 § 526—530. Подробности § 531—533.

[3]) I, 20, 534—535, ср. 55—59. Закладъ недвижимости не разсматриваю; онъ регулируется началами, имѣющими много общаго съ ипотекой, хотя и много особеннаго. См. I, 20 § 71 и слѣд.

Регламентація пріобрѣтенія собственности въ Ландрехтѣ характеризуется крайней непослѣдовательностью въ основныхъ началахъ, борьбой римскаго и современнаго вотчинно-ипотечнаго режима, ихъ принципіальной несогласованностью, которая позднѣе и открыла мѣсто жесточайшей контроверзѣ по вопросу о направленіи Ландрехта, гдѣ каждое изъ противоположныхъ направленій мысли находило опору въ правѣ Ландрехта: контроверза разрѣшилась торжествомъ римскихъ началъ надъ началами новаго режима. Виною всему было то, что Ландрехтъ не переработалъ должнымъ образомъ новаго теченія въ правѣ, а своей системой подрывалъ его, хотя и желалъ усвоить его и дѣйствительно усвоилъ.

Уже въ очеркѣ системы и общаго разума предписаній Ландрехта о вещномъ правѣ мы отмѣчали, что, слѣдуя системѣ естественнаго права, питаемаго римскими началами, Ландрехтъ, въ общихъ положеніяхъ о вещномъ правѣ, объединяетъ движимости и недвижимости и устанавливаетъ для обѣихъ областей вещей начало, въ силу котораго вещное право возникаетъ тогда, когда къ личному праву (Recht zur Sache) присоединяется традиція [1]. Традиція завершаетъ, согласно этому общему началу, всякое посредственное пріобрѣтеніе вещи, будетъ-ли послѣдняя движимой или недвижимой. Этимъ началомъ Ландрехтъ воздаетъ полную дань духу своего времени.

Въ ученіи о собственности это общее начало снова повторяется въ общихъ положеніяхъ, относящихся до движимостей и недвижимостей, изъ того же уваженія къ римской системѣ и системѣ естественнаго права, не признававшихъ коренного бытового различія обѣихъ сферъ вещей. Производное пріобрѣтеніе завершается традиціей [2], первообразное пріобрѣтеніе завершается завладѣніемъ [3]. Лишь въ отдѣльныхъ случаяхъ законъ замѣняетъ традицію, напр., въ случаѣ судебнаго отчужденія [4], наслѣдованія [5], легата [6], купли наслѣдства, пріобрѣтенія по жребію [7] и др.

Но вотъ, когда Ландрехтъ переходитъ къ ученію о пріобрѣтеніи собственно недвижимости, онъ начинаетъ говорить уже другимъ языкомъ и намѣчаетъ нѣсколько тѣхъ основныхъ началъ, болѣе или менѣе новыхъ, которыя, взятыя вмѣстѣ съ общими началами, даютъ картину, къ сожалѣнію, полную внутренняго противорѣчія.

---

[1]) I, 2 § 135: „Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache“.

[2]) I, 10 § 1: „Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert auszer dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben“. § 3 добавляетъ, что собственность пріобрѣтается по традиціи лишь тогда, когда самъ традистъ былъ собственникомъ.

[3]) I, 9 § 3: „Zur Erwerbung des Eigenthums wird die Besitznehmung erfordert“.

[4]) I, 2 § 342.

[5]) I, 9 § 369.

[6]) I, 12 § 288.

[7]) II, 11 § 414, 573.

1. Признавая собственность на недвижимость вполнѣ пріобрѣтенной вездѣ тамъ, гдѣ въ лицѣ производнаго пріобрѣтателя имѣются титулъ и традиція, Ландрехтъ требуетъ, однако, „въ цѣляхъ надежности пріобрѣтенія и устраненія процессовъ", явки пріобрѣтенія въ ипотечное установленіе для записи въ ипотечную книгу [1]). Эта запись не входитъ въ составъ пріобрѣтательнаго акта и является внѣшней мѣрой публичнаго порядка, т. ск. полицейской мѣрой, къ совершенію которой собственникъ принуждается даже ex officio судебной властью округа, гдѣ расположена недвижимость, подъ угрозой денежнаго штрафа въ пользу фиска [2]). Остановись Ландрехтъ на этой точкѣ зрѣнія и проведи ее послѣдовательно, система его была-бы цѣльной и ясной. Это была-бы римская система, гдѣ вопросъ о пріобрѣтеніи рѣшаетъ традиція. Запись пріобрѣтенія была-бы подчинена традиціи и служила-бы только оффиціальнымъ актомъ, укрѣпляющимъ отношеніе по недвижимости. И мы легко могли бы утверждать, что отношенія собственности по недвижимости, въ противоположность отношеніямъ ипотеки, не подчинены въ Ландрехтѣ, какъ таковыя, ипотечному режиму и публицитету, что они подчинены послѣднимъ лишь въ узкомъ кругѣ кредитныхъ—ипотечныхъ отношеній. Но Ландрехтъ этого не сдѣлалъ и не хотѣлъ сдѣлать.

2. Прежде всего Ландрехтъ лишилъ незаписаннаго въ ипотечную книгу собственника цѣлаго ряда важныхъ полномочій, входящихъ въ содержаніе собственности [3]),—напр., права патроната [4]) и другихъ почетныхъ правъ [5]); далѣе,—легчайшаго доказательства jus ad rem, путемъ ссылки на ипотечную книгу [6]); но, что всего важнѣе,—права распоряженія недвижимостью передъ судомъ, по ипотечной книгѣ [7]), въ частности, права установленія на недвижимость ипотеки [8]).

Такимъ образомъ, незаписанный собственникъ, или, какъ онъ обыкновенно называется въ литературѣ и судебныхъ рѣшеніяхъ, натуральный собственникъ оказывается уже далеко не имѣющимъ всѣхъ полномочій собственности.

3. Но, далѣе, Ландрехтъ для записи пріобрѣтенія вовсе и не требуетъ, по крайней мѣрѣ, открыто предварительнаго совершенія традиціи, а признаетъ запись вполнѣ дѣйствительной, когда она совершена на основаніи пріобрѣтательной сдѣлки, облеченной въ торжественную оффиціальную форму [9]).

---

[1]) I, 10 § 12: „Um die Ungewissheit des Eigenthums der Grundtücke und die daraus entstehenden Prozesse zu verhüten, ist jeder neue Erwerber schuldig sein Besitzrecht in das Hyp.-Buch eintragen zu lassen".

[2]) I, 10 § 13.

[3]) Общій очеркъ входящихъ въ содержаніе собственности полномочій. См. въ I, 8 § 9.

[4]) II, 11 § 598.

[5]) II, 11 § 27, II, 17 § 29.

[6]) I, 7 § 10.

[7]) I, 10 § 6.

[8]) I, 20 § 405.

[9]) I, 10 § 15, 16. Ср. уставъ 1783.

4. И эту запись Ландрехтъ въ цѣломъ рядѣ предписаній о пріобрѣтеніи недвижимости вооружаетъ всѣми свойствами публицитета и ставитъ условіемъ полноты правомочій собственника. Во всѣхъ отношеніяхъ къ 3-мъ лицамъ, а не только въ отношеніяхъ по ипотекѣ, книжный собственникъ, или, какъ онъ обыкновенно называется въ литературѣ и судебныхъ рѣшеніяхъ, цивильный собственникъ, является, какъ таковой, полноправнымъ распорядителемъ недвиживости [1]). Пріобрѣтеніе отъ книжнаго собственника любого вещнаго права признается неуязвимымъ ни со стороны незаписаннаго собственника, ни со стороны преемниковъ послѣдняго [2]). Во внутреннимъ отношеніяхъ между записаннымъ собственникомъ и незаписаннымъ, потерпѣвшимъ отъ того, что собственность или иное вещное право пріобрѣтено отъ записаннаго собственника 3-мъ лицомъ, все сводится къ простому личному требованію возмѣщенія ущерба [3]). И тутъ законъ точно не говоритъ о роли традиціи, въ частности о томъ, требуется-ли, чтобы къ пріобрѣтенію собственности отъ записаннаго собственника непремѣнно присоединилась традиція; скорѣе же приходится сдѣлать выводъ, что законъ вовсе не требуетъ традиціи въ пріобрѣтеніи отъ книжнаго собственника, иначе онъ не установилъ бы столь общей нормы, подъ которую неизбѣжно подходятъ случаи, когда владѣніе недвижимостью находится въ рукахъ натуральнаго собственника и когда, слѣдовательно, книжный собственникъ даже и не можетъ совершить традиціи [4]).

Но если въ указанныхъ случаяхъ еще возможно сомнѣніе о роли традиціи въ пріобрѣтеніи собственности отъ книжнаго собственника, путемъ книжной записи, то регулированіе Ландрехтомъ случаевъ, когда коллидируютъ нѣсколько пріобрѣтателей, уже не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что традиція не играетъ по Ландрехту никакой роли въ книжномъ пріобрѣтеніи. Именно, Ландрехтъ признаетъ тутъ преимущество за тѣмъ пріобрѣтателемъ, который или производитъ титулъ отъ книжнаго собственника, или запишетъ свой титулъ раньше другихъ, или получитъ титулъ раньше другихъ, но никогда не за тѣмъ, который раньше получитъ традицію [5]). Отсюда мы удо-

---

[1]) I, 10 § 7: „Der im Hyp.-Buch eingetragene Besitzer wird, in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen“.

[2]) I, 10 § 8: Wer mit einem solchen eingetragenen Besitzer in dergleichen Verhandlungen sich einlässt, dessen Befugnisse kann so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, aufechten“.

[3]) I, 10 § 9. „Vielmehr, bleiben dem nicht eingetragenen Eigenthümer, wegen des ihm daraus entstehenden Nachtheil, seine Rechte zur Schadloshaltung nur gegen den eingetragenen Besitzer nach gesetzlichen Bestimunungen vorbehalten“. Чаще всего это будетъ случай, когда книжный собственникъ отчуждаетъ недвижимость и отчужденіе не записывается въ книгу, а потомъ онъ вторично отчуждаетъ недвижимость 3-му лицу, которое и запишетъ отчужденіе въ книгу. Первый пріобрѣтатель, натуральный собственникъ, имѣетъ тогда лишь простой личный искъ къ отчуждателю.

[4]) См. примѣръ предш. примѣчанія.

[5]) I, 10 § 18. „Wenn verschiedene Personen einen an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums einer unbeweglichen Sache erhalten haben, so geht derjenige,

стовѣряемся уже съ полной очевидностью, что традиція не только въ этой коллизіи не имѣетъ никакого значенія, но что она не требуется и для пріобрѣтенія недвижимостей по книгѣ вообще [1]). Традиція, несмотря на то, что система Ландрехта выдвигаетъ ее какъ универсальное начало, остается по Ландрехту способомъ для внѣ-книжнаго оборота; послѣдній же составляетъ правило лишь для движимостей, т. к. Ландрехтъ всѣми средствами добивается утвержденія оборота недвижимостей на книгѣ; отсюда естественно заключить, что Ландрехтъ хотѣлъ организовать оборотъ недвижимостей на титулѣ и записи [2]), отведя традиціи значеніе простого факта овладѣнія, слѣдующаго на основаніи книжнаго пріобрѣтенія, — значеніе ничтожное юридически: традиція безъ записи не обезпечиваетъ пріобрѣтенія, при записи не имѣетъ значенія, а запись дѣйствительна и безъ традиціи. Другими словами, Ландрехтъ цѣлился создать не ипотечную, а вотчинно-ипотечную систему, и остается только пожалѣть, что онъ не выдержалъ своего плана въ общихъ положеніяхъ о вещномъ правѣ и собственности и открылъ лазейку романистическому направленію, господствовавшему въ то время въ теоріи. Проведи Ландрехтъ послѣдовательно новыя начала, высказанныя имъ въ спеціальномъ ученіи о книжномъ оборотѣ, онъ опять былъ бы ясенъ и послѣдователенъ. Его теорія была бы германистической теоріей, родственной Auflassung. Но и этого не произошло. Ландрехтъ все же признаетъ натуральнаго собственника за истиннаго [3]), а книжнаго — только за фингированнаго, созданнаго для обезпеченности оборота, и только принимаетъ мѣры къ тому, чтобы истинная и книжная собственность не расходились. Составители Ландрехта, какъ показали изслѣдованія матеріаловъ къ памятнику [4]), усваивая одновременно двѣ системы—римскую традицію и германскую Auflassung, вовсе и не подозрѣвали, что на дѣлѣ соединеніе двухъ системъ приведетъ къ конфликту; напротивъ, они ожидали отъ смѣшенія системъ гармоніи и для полнаго достиженія послѣдней считали достаточнымъ ограничиться установленіемъ принудительнаго предъявленія пріобрѣтеній въ ипотечное установленіе для записи послѣднихъ. На дѣлѣ, однако, получился невыносимый дуплицитетъ собственности.

---

dessen Titel von den im Hyp.-Buch eingetragenen Eigenthümer herführt, den übrigen vor". § 19: „Haben die Prätendenten insgesammt ihren Titel von diesem eingetragenen Eigenthümer, so gebührt demjenigen, der seinen Titel zuerst in das Hyp.-Buch hat eintragen lassen der Vorzug". § 20: Hat noch keiner unter Ihnen die Eintragung erhalten, so kann derjenige, dessen Titel zuerst entstanden ist, dieselbe vorzüglich fordern".

[1]) Cp. Plathner въ Juristische Wochenschrift за 1847, стр. 540; его же Grundzüge der preuss. Hyp.-Verf. und deren Umsturz durch die neuere Rechtswissenschaft, Breslau 1856; Bornemann въ Preuss. Gerichts-Zeitung за 1860, стр. 85; Entwurf eines Gesetzes über daz Hyp.-Wesen u. einer HO. f. Preussen. Berlin 1864 и др.

[2]) Для jura in re aliena это намѣреніе и выражается. I, 21 § 4: „Bey Grundstücken u. Gerechtigkeiten hat die Eintragung des Rechts in daz H.-Buch, die Wirkungen des körperlichen Besitzes der Sache".

[3]) I, 10 § 10.

[4]) См. цит. выше работы Plathner'а и Bornemann'а.

5. Всѣ институты Ландрехта, и собственность въ томъ числѣ, проникнуты началомъ bona fides, развитымъ до крайнихъ размѣровъ. 3-е лицо, знающее о болѣе раннемъ титулѣ иного лица, никоимъ образомъ уже не можетъ пріобрѣсти собственность на вещь въ ущербъ ранѣе титулованнаго; отношеніе титулованнаго называлось Recht zur Sache; знаніе о такомъ отношеніи означало уже mala fides. И эта mala fides не исцѣлялась и не уступала даже публицитету. Если 3-й пріобрѣтатель отъ книжнаго собственника знаетъ, что книжный собственникъ не есть и натуральный собственникъ, онъ не можетъ пріобрѣсти собственности въ ущербъ натуральному собственнику [1]).

Такая запутанная организація оборота недвижимостей въ точномъ значеніи слова не могла не вызвать позднѣе самыхъ рѣзкихъ колебаній взглядовъ какъ въ теоріи, такъ и въ судебной практикѣ—по вопросу о значеніи и природѣ ипотечной книги для отношеній по собственности.

IV. *Права на чужую вещь.* Въ этой области Ландрехтъ, въ общемъ, менѣе слѣдуетъ новымъ началамъ, чѣмъ въ регламентаціи ипотеки и даже собственности. Онъ различаетъ реальныя правомочія по степени ихъ очевидности и экономическаго значенія. Сервитуты, наличность которыхъ легко распознается изъ сооруженій, воздвигнутыхъ на обремененной вещи, освобождаются отъ записи, ради сбереженія труда чиновниковъ. Они возникаютъ, существуютъ и переходятъ на каждаго владѣльца обремененной вещи безъ записи. Тоже — и сервитуты, не отражающіеся значительно на доходахъ обремененной вещи (Nutzungsertrag) [2]).

Напротивъ, тѣ сервитуты, которые чувствительно поражаютъ доходъ имѣнья и въ то же время не могутъ быть легко распознаваемы третьими лицами изъ какихъ-либо внѣшнихъ сооруженій и т. п., подлежатъ записи въ ипотечную книгу [3]). Эта запись не является способомъ установленія такихъ сервитутовъ. Послѣдніе дѣйствуютъ въ отношеніи установителя и безъ записи [4]). Запись же имѣетъ цѣлью сдѣлать ихъ дѣйствительными въ отношеніи 3-хъ лицъ. Безъ записи такіе сервитуты не обязательны для 3-го пріобрѣтателя иначе, какъ только въ теченіе 2-хъ лѣтъ [5]).

Все это ясно и принципіально болѣе послѣдовательно, чѣмъ регламентація отношеній по собственности. Но Ландрехтъ сейчасъ же вноситъ въ ученіе о сервитутахъ дисгармонію, провозглашая начало величайшей принципіальной важности: „Bey Grundstücken und Gerechtigkeiten hat die Eintragung des Rechts in das Hyp.-Buch, die Wirkungen des Körperliches Besitzes

---

[1]) I, 10 § 10: „Weiss aber derjenige, welcher mit dem eingetragenen Besitzer über das Grundstück Verhandlungen schliesst, dasz derselbe nicht wahrer Eigenthümer sey, so kann er dadurch, zum Nachtheile des letzten, kein Recht erwerben“. Частный случай знанія вытекаетъ изъ отмѣтки въ книгѣ спора о собственности (I, 10 § 11). Начало относится и до коллизіи нѣсколькихъ титулованныхъ (§ 24, 25).

[2]) I, 22 § 16, 17.

[3]) I, 22 § 18.

[4]) I, 22 § 20.

[5]) I, 22 § 21.

der Sache" [1]). Если бы Ландрехтъ помѣстилъ это начало въ общее ученіе о вещномъ правѣ, онъ создалъ бы гармоническій ипотечный режимъ. Но помѣщеніе начала въ ученіи о jura in re aliena, не всегда подлежащихъ и записи, обѣщало внести лишь новый принципіальный разладъ въ систему. Начало же лишилось всякаго значенія, и на него никто никогда не ссылался въ безконечныхъ спорахъ о природѣ записи при пріобрѣтеніи собственности по Ландрехту [2]).

V. *Заключеніе.* Какъ ни запутана организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ Ландрехтѣ, памятникъ все же въ общемъ и цѣломъ, а особенно въ ученіи объ ипотекѣ, сдѣлалъ огромный шагъ впередъ, установивъ на новыхъ началахъ ипотечный режимъ, болѣе или менѣе послѣдовательно проведя начало публицитета, какъ основы ипотечныхъ отношеній. Въ этомъ случаѣ Ландрехтъ сказалъ первое рѣшительное слово, котораго не сказалъ уставъ 1783 г. Разница обоихъ законодательныхъ памятниковъ была такъ значительна по вопросу о publica fides ипотечной книги, что правительство, не смотря на рядъ патентовъ, признававшихъ Ландрехтъ вообще за автентическое толкованіе устава 1783 г., издало спеціальную мѣру о томъ, чтобы начала Ландрехта, провозглашающія публицитетъ ипотечной книги, разсматривались какъ автентическое толкованіе соотвѣтствующихъ предписаній устава 1783 г. [3]).

§ 75. Allgemeine Gerichtzordnung 1795 г. [4]).

Въ ту же эпоху кодификаціонныхъ работъ Фридриха В. вышелъ еще памятникъ процессуальнаго права, именно Allgemeine Gerichtsordnung 1795 г., намъ интересный не столько своимъ конкурснымъ правомъ, въ общемъ повторяющимъ Corpus juris Fridericianum 1783 г. [5]), сколько развитіемъ начала легалитета [6]).

Кромѣ изслѣдованія внѣшнихъ условій дѣйствительности предпринимаемыхъ сторонниками юридическихъ дѣйствій, судья призывается углубляться

---

[1]) I, 21 § 4. Какъ оказывается, Суарецъ, въ Revisio monitorum, ad tit. 20 § 1—4 обратилъ большое вниманіе на это начало, усматривая въ немъ „jetzige neue Theorie", въ духѣ которой должно было быть переработано все ученіе о сервитутахъ. Но изъ этого ничего не вышло, т. к. боялись чрезмѣрной работы чиновниковъ. См. Gesetz—Revision, Pensum III, Entwurf 1829. I, 31 стр.

[2]) Въ томъ же ученіи о jura in re aliena Ландрехтъ повторяетъ и начало bona fides, съ большей обстоятельностью, чѣмъ гдѣ-либо. I, 19, § 5: „Kann aber der Besitznehmer überführt werden, dasz ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des andern zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sey; so kann er sich seines durch die Uebergabe entstandenen dinglischen Rechts gegen denselben nicht bedienen". § 6: „Vielmehr musz zwischen ihnen die Frage: welchem von beiden durch die Einräumung des Besitzes ein dingliches Recht beizulegen sey? lediglich nach der Beschaffenheit ihres beiderseitigen persönlichen Rechts zur Sache entsehieden werden".

[3]) Hafrescript v. 5 Mai 1791 y Rabe, II, 628.

[4]) Für die Preussische Staaten. 1 Th. Berlin 1795.

[5]) I, Th. L Tit. 4 Abschn.

[6]) II, Th. 2 Tit. § 28—36 и 3 Tit. § 10—20.

въ самое содержаніе послѣднихъ, въ намѣренія сторонъ и въ обстановку сдѣлки, чтобы внушить публикѣ довѣріе къ дѣятельности судебныхъ установленій. Отсюда, если судья найдетъ невѣрныя или нечистыя данныя въ условіяхъ соглашенія на той или другой сторонѣ, напр. одна сторона вызываетъ другую на заключеніе сдѣлки посредствомъ ложныхъ убѣжденій, увѣреній, симуляціи и разныхъ искуственныхъ выкладокъ и другихъ средствъ, или если вся сдѣлка имѣетъ цѣлью обойти или ввести въ убытокъ 3-е лицо, судъ долженъ отказать въ совершеніи такой сдѣлки, указать сторонамъ значеніе послѣдней и недозволенный ея характеръ или даже изслѣдовать дѣло и наказать виновнаго. Когда судья имѣетъ дѣло съ лицами, несвѣдущими въ правѣ или неопытными въ сдѣлкахъ, или когда онъ видитъ, что стороны неясно представляютъ себѣ содержаніе предпринимаемой ими сдѣлки и ея послѣдствій, судья обязуется сообщить имъ о законахъ, относящихся до сдѣлки, объ обязанностяхъ, вытекающихъ изъ нея и возможномъ ущербѣ, охраняя слабаго отъ сильнаго. Но судья долженъ не принуждать, а только освѣдомлять.

Если судья находитъ, что стороны не достаточно поняли другъ друга, или не согласились насчетъ извѣстныхъ пунктовъ сдѣлки, онъ старается ихъ согласить. Въ этихъ цѣляхъ судья изслѣдуетъ предъявляемыя ему условія сдѣлки пунктъ за пунктомъ.

Подведемъ теперь самые общіе итоги реформамъ Фридриха В. Мы уже видѣли, что эти реформы отчасти подвели итоги и закрѣпили все предшествующее правообразованіе въ области ипотечнаго режима (AHO. 1783), отчасти же создали новыя начала его (ALR 1794). Не всегда въ ясной и послѣдовательной формѣ онѣ установили начало публицитета всѣхъ важнѣйшихъ вещныхъ правъ и вполнѣ провели его для ипотеки, какъ это и слѣдовало ожидать, такъ какъ ипотека вообще являлась центральнымъ пунктомъ, около котораго и ради котораго группировались и распространялись далѣе всѣ новшества правообразованія новѣйшаго періода, извѣстныя подъ именемъ вотчинно-ипотечнаго режима.

Реформы утвердили и довели до крайности начало легалитета, въ духѣ времени. Слабѣе осуществили они начало спеціалитета, слабо проведенное какъ въ томъ отношеніи, что, изъ экономіи работы, было допущено соединеніе недвижимостей, принадлежащихъ одному лицу и въ одномъ округѣ, подъ однимъ общимъ именемъ, такъ и въ томъ отношеніи, что были допущены многочисленныя кауціонныя ипотеки, безъ точнаго опредѣленія суммы, въ предѣлахъ которой недвижимость отвѣчаетъ по такой ипотекѣ.

Пріоритетъ проведенъ въ реформахъ съ полной послѣдовательностью и прозрачностью. Эти измѣненія формальнаго ипотечнаго права повлекли за собою нѣкоторыя измѣненія и матеріальнаго права ипотеки. Хотя она попрежнему продолжаетъ третироваться памятникомъ, какъ право акцессорное, зависящее въ своей судьбѣ отъ личнаго требованія, ею обезпечиваемаго, однако начало публицитета ставитъ ее косвенно въ положеніе самостоятель-

наго правоотношенія, иногда же личное правоотношеніе подчиняется въ своей судьбѣ правоотношенію ипотеки.

Соціальный строй, къ которому реформы пріурочивались, характеризуется чертами феодализма. Феодальный строй отразился не только на кругѣ вещныхъ правоотношеній, но и на строеніи ипотечной книги и на производствѣ въ ипотечныхъ установленіяхъ. Онъ облегчилъ законодателю задачу, такъ какъ позволилъ намѣтить общія физіономіи имѣній, безъ перечня отдѣльныхъ принадлежностей, правомочій и т. д. и т. д., естественныхъ для феодальнаго строя и не нуждающихся въ записи. Далѣе, феодальный строй имѣетъ спутникомъ типъ болѣе или менѣе крупнаго землевладѣнія, допускающаго болѣе или менѣе сложную правовую организацію оборота недвижимостей безъ чувствительнаго сравнительно ущерба для интересовъ сторонъ. Наконецъ, феодальный строй характеризовался сравнительной неподвижностью землевладѣнія и устойчивостью цѣлостнаго состава имѣній, — что, въ свою очередь, давало возможность организовать оборотъ на относительно громоздкихъ, но зато вѣрныхъ началахъ. Землевладѣніе не имѣло еще въ то время и на рынкѣ кредита такихъ значительныхъ конкуррентовъ, какъ промышленность и государство, предложившихъ позднѣе болѣе выгодныя условія для помѣщенія капитала. Вслѣдствіе всего этого реформы Фридриха В. не задумались создать ипотечный режимъ на началахъ громоздкихъ, но вѣрныхъ. И въ свое время этотъ режимъ удовлетворялъ потребностямъ оборота и былъ вполнѣ терпимъ [1]).

§ 76. Судьбы устава 1783 г. и Ландрехта 1794 г. въ Пруссіи.

I. Ипотечный режимъ, созданный реформами Фридриха В., постепенно сталъ достояніемъ многихъ областей, входящихъ въ составъ Прусскаго королевства, но не составляющихъ коренныхъ прусскихъ областей, какъ-то: Южной Пруссіи въ 1795 г., Новой Восточной Пруссіи и польскихъ дистриктовъ (Новой Силезіи) въ 1797 г., Ансбаха и Байрейта въ 1800 г., такъ наз. Entschädigungsländer—въ 1803 г. и дрг. [2]).

Послѣ разгрома Пруссіи Наполеономъ, прусскій ипотечный режимъ во многихъ областяхъ былъ искалѣченъ или даже вовсе замѣненъ французскимъ режимомъ („Вестфальскіе транскрипціонные реэстры"). Съ паденіемъ владычества Наполеона, когда Пруссія не только вернула прежнія области, но и пріобрѣла новыя, и прусскій режимъ не только возстановляется тамъ, гдѣ онъ прежде дѣйствовалъ, но и вновь вводится въ нѣкоторыхъ изъ тѣхъ областей, гдѣ прежде не дѣйствовалъ вовсе. При чемъ режимъ претерпѣваетъ мѣстами болѣе или менѣе значительныя измѣненія, соотвѣтствующія опыту и духу времени. Такъ, въ 1815 г. режимъ возстановляется во вновь воссоединенныхъ провинціяхъ, лежащихъ „по ту сторону Эльбы и Везера", въ

---

1) Dernburg, I, 25.

2) Всѣ эти мѣропріятія находятся у Rabe, III, стр. 126, 158, 200, VI, 227, IV 85; V 646, VI 126, VII 564, VII 328, 333; ср. Dernburg u. Hinr. I, 39 и слѣд.

1818 г.—въ странахъ, лежащихъ между Эльбой и Рейномъ, отчасти вновь присоединенныхъ въ 1813 — 14 гг., а также въ вел. герц. Позенъ, Кульмскомъ и др. округахъ, въ 1820 г. — въ Саксонскихъ областяхъ, наконецъ, послѣ временнаго режима, т. наз. рекогниціоннаго, въ 1834 г. режимъ вводится и въ Вестфаліи. Самое большое новшество содержитъ Вестфальское положеніе 1834 г. 31 марта, согласно которому ипотечный режимъ ставится въ тѣсную связь съ кадастромъ. Мѣропріятія для прочихъ областей чаще всего составлены по типу патентовъ, вводимыхъ режимомъ впервые въ концѣ 18 в. [1]).

II. На-ряду съ территоріальнымъ распространеніемъ шла еще болѣе интенсивная внутренняя разработка началъ ипотечнаго режима, заложенныхъ въ кодификаціи Фридриха В. Эта разработка совершалась отчасти высочайшими рескриптами, но больше того судебной практикой и, кромѣ послѣдней,—еще особымъ органомъ, какъ будто нарочно учрежденнымъ для наблюденія за новымъ дѣломъ, именно — инстанціей жалобъ при министрѣ юстиціи, куда въ послѣдней инстанціи представлялись всѣ спорные вопросы изъ области jurisdictio voluntaria и гдѣ, такимъ образомъ, получались свѣдѣнія о всякаго рода затрудненіяхъ, встрѣчавшихся при осуществленіи режима на практикѣ. Этотъ-то органъ, при непосредственномъ и живомъ участіи министра, и работалъ неустанно надъ развитіемъ новаго права. Путемъ специальныхъ и общихъ инструкцій, имѣвшихъ для судовъ обязательную силу, министръ юстиціи пополнялъ всѣ дѣйствительные и мнимые пробѣлы закона, благодаря чему достигалось однообразіе пониманія ипотечнаго дѣла, столь необходимое при новизнѣ послѣдняго. Но министерство наблюдало и за матеріальнымъ правомъ новаго режима, столь тѣсно связаннымъ съ формой, и энергично обставало его и развивало вездѣ, гдѣ представлялся къ тому поводъ. Мы не разъ увидимъ, какой смѣлостью и прогрессивнымъ направленіемъ отличалась работа этого органа и какъ онъ не разъ обстаивалъ духъ новаго права отъ романистическихъ посягательствъ на послѣдній со стороны суда. Указанная функція министерства юстиціи была учреждена въ Kab.-Ordre v. 6 Sept. 1815 и отправлялась вплоть до отмѣны ея въ Vg. v. 2 Jan. 1849 [2]), передавшей обязанности апелляціоннымъ судамъ. Опасности для новаго права больше не было, такъ какъ оно достаточно окрѣпло и пустило глубокіе корни въ практикѣ, а сверхъ того оно привлекало къ себѣ теперь и вниманіе науки, дотолѣ остававшейся глухой къ новому теченію въ правѣ, вслѣдствіе своихъ романистическихъ тенденцій [3]).

III. Въ основу прусскаго ипотечнаго режима, по идеѣ законодателя (AHO. I § 6) полагалось начало полноты ипотечной книги въ томъ смыслѣ,

---

[1]) Всѣ эти мѣры находятся: въ Gez.-Samml. für Köngr. Preuss. за 1815, стр. 185; за 1818, стр. 45; тамъ же стр. 20; за 1820, стр. 101; за 1825 -стр. 153, 236 и за 1834 47; а также въ v. Kamptz Jahrbücher V, 43, и въ Graeff, IV стр. 236. Ср. также Dernburg u. H. I, стр. 39 и слѣд.

[2]) Ges.-S. стр. 11.

[3]) Ср. Dernburg u. Hinr. I, 25.

что всѣ недвижимости извѣстнаго округа подлежатъ записи въ ипотечную книгу.

И вотъ это коренное начало не осуществилось, отчасти даже по винѣ самого законодателя [1]).

1. Прежде всего крестьянскія владѣнія, не представлявшія полной собственности, не принимались въ соображеніе; ихъ должны были представлять ипотечныя книги рыцарскихъ имѣній [2]).

Не получили особаго мѣста въ книгѣ и тѣ значительныя земли, которыя составляли предметъ Gemeinheiten, позднѣе отмѣненныхъ [3]).

Вскорѣ было отмѣнено начало полноты ипотечной книги и въ отношеніи недвижимостей, принадлежащихъ церквамъ, школамъ и прочимъ pia corpora, городскихъ Kämmereigüter. Для этихъ имѣній ипотечные листы должны были изготовляться лишь по мѣрѣ особой надобности, именно въ случаѣ позднѣйшаго отчужденія ихъ [4]).

Запись обширныхъ государственныхъ владѣній, въ особенности домєновъ, съ самаго начала не имѣлась въ виду, при изданіи АНО. [5]).

2. Несовершенны были, а особенно не претендовали на полноту и тѣ основанія и источники, изъ которыхъ суды должны были черпать данныя при первоначальной организаціи ипотечныхъ книгъ (АНО IV § 5), какъ-то: налоговые списки, полицейскіе, книги сельскихъ правленій и т. п. Всѣ они не могли быть полными, а сверхъ того и юрисдикція имѣній была въ то время нерѣдко спорной и неясной (АНО I § 17); вообще она была запутанной: одни участки (eximirte) подчинялись юрисдикціи высшихъ судовъ, другіе, сосѣдніе — подчинялись юрисдикціи низшихъ судовъ, при томъ же нерѣдко различавшихся по типу [6]).

IV. 1. Уже первоначальное подчиненіе новому режиму недвижимостей было сопряжено съ огромными затрудненіями и съ большой опасностью для интересовъ гражданъ, особенно грозившей отъ преклюзивнаго дѣйствія, сопряженнаго съ организаціей ипотечной системы для непредъявленныхъ гражданами или неотмѣченныхъ властью правъ на недвижимости въ опредѣленный срокъ. Опасность усиливалась отъ того, что уставъ 1783 г. выдвигалъ почииъ суда и умалялъ роль самихъ гражданъ. Послѣдніе привлекались лишь къ осмотру уже готовыхъ книгъ въ извѣстный преклюзивный срокъ. Суровость мѣръ обострялась тѣмъ, что управомоченные на обладаніе недвижи-

---

1) См. Dernburg u. Hinr., I, 27.

2) Матеріалы къ АНО. Dernburg и H. I, 27.

3) Eod.

4) Rescript an das Hofgericht zu Insterburg v. 9 Mz 1779 (Rabe I, 7 стр. 757): требуется только представленіе Designation недвижимостей, необходимой для приведенія въ извѣстность земель, подчиненныхъ Landes-Justiz-Collegium, Rescript v. 24Dz. 1792 (Rabe II, 377).

5) АНО I, § 7 не указываетъ на таковыя. Это предрѣшаетъ и Rescript des Gross-Canzlers v. 5 Nov. 1777 an die West-Preuss. Regierung (Rabe I, 6 стр. 259). Ср. Dernburg u. H. I, 27.

6) Dernburg u H. II, 27, 28.

мостью обязывались указывать и способы, какими недвижимости дошли къ нимъ, и лица, отъ которыхъ онѣ дошли [1]).

Этотъ мучительный и болѣзненный процессъ перехода къ новому режиму не остановилъ, однако, Пруссію отъ выполненія его, такъ какъ страна понимала, какія блага сулитъ ей новое право.

Но современемъ затрудненія привели правительство къ сознанію необходимости смягченія суровыхъ мѣръ и затяжекъ со введеніемъ режима, хотя при этомъ и признавалось открыто неудобство и рискъ, которыми грозятъ послѣднія мѣры обороту [2]).

2. Послѣдующее подчиненіе недвижимостей ипотечному режиму, временно оставшихся свободными отъ дѣйствія режима, доставляло и еще больше хлопотъ, работы, исключительныхъ мѣропріятій, нерѣдко временнаго, переходнаго, полупубличнаго положенія (рекогниціонныя свидѣтельства въ ожиданіи записи въ книги, только еще формируемыя), и въ концѣ-концовъ затянуло осуществленіе идеи исчерпывающаго подчиненія всѣхъ, даже частныхъ, недвижимостей ипотечному режиму до безконечности [3]).

V. Но если, съ одной стороны, далеко не всѣ недвижимости подчинялись ипотечному режиму, несмотря на огромныя затраты силъ и жертвъ, то, съ другой стороны, подчиненныя новому режиму недвижимости, по условіямъ того времени, не были даже приблизительно очерчиваемы въ своемъ составѣ записью въ ипотечныя книги. Ни объемъ самостоятельныхъ имѣній, получившихъ особые листы въ ипотечной книгѣ, ни положеніе, ни величина ихъ, а тѣмъ менѣе отдѣльныя составныя доли ихъ и принадлежности, не указывались ипотечной книгой (АНО. I § 33—34). Съ другой стороны не только допускалось, но даже поощрялось соединеніе нѣсколькихъ имѣній одного лица на одномъ листѣ [4]). Причинъ надо искать отчасти въ феодальномъ строѣ, гдѣ точное описаніе состава обширныхъ имѣній и не особенно требовалось, такъ какъ составъ былъ болѣе или менѣе устойчивымъ и для публики обычнымъ и извѣстнымъ, такъ что не представлялось особой надобности возлагать на чиновниковъ лишній трудъ,—отчасти же въ отсутствіи удовлетворительнаго кадастра.

Скоро, однако же, недостатокъ точной спеціализаціи недвижимостей въ ипотечной книгѣ сталъ влечь неудобства, и проблема спеціализаціи имѣній выступала все болѣе и болѣе на первый планъ, особенно когда феодальный строй зашатался, сельское хозяйство развивалось, цѣны на недвижимости росли, перемѣны владѣльцевъ учащались, возрастало и раздробленіе и сое-

---

1) АНО IV; Dernburg u. H. I, 31—34.

2) Kab.-Og. v. 9 Mai 1839 (GS. 163): указаніе предшественника-собственника не требуется.

3) Dernburg u. Hinrichs I, 34—38.

4) Эта политика, провозглашенная еще Уставомъ 1783 г. и Ландрехтомъ, проводится и позднѣе, напр. KO. v. 9 Mai 1839, II, Instr. des I.-M. zur H.-Nov. v. 3 Aug. 1853 § 2 (I.-M.-Blatt).

диненіе участковъ другъ съ другомъ, а отсюда все чаще и чаще нарушалась замкнутость и цѣльность имѣній, сплошь и рядомъ не отражаясь вовсе на содержаніи ипотечной книги и оставаясь незамѣтной для оборота по книгѣ [1]). Столкновеніе и разладъ между жизнью и книгой особенно отражался на экономической обезпеченности ипотечныхъ кредиторовъ въ случаяхъ, когда отъ записаннаго имѣнья отчуждается доля и не вычеркивается на листѣ ипотечной книги, а позднѣе на имѣнье устанавливается ипотека въ пользу кредиторовъ, ничего не знающихъ о томъ, что имѣнье въ дѣйствительности уже уменьшилось, и т. п.

Правительство въ цѣломъ рядѣ рескриптовъ [2]) настаивало во всѣхъ указанныхъ случаяхъ на публицитетѣ ипотечной книги, въ силу котораго кредитору дѣла нѣтъ до фактическихъ отчужденій доли или принадлежности имѣнья, такъ какъ онъ вѣритъ книгѣ, и отчужденія признаются недѣйствительными въ отношеніи кредиторовъ, насколько стороны не вошли съ кредиторами въ сдѣлку инаго содержанія. Судебная практика, послѣ нѣкоторыхъ колебаній, утвердилась на той же мысли. Имѣнье признается въ отношеніяхъ ипотечнаго оборота имѣющимъ тотъ составъ, какой оно имѣло при организаціи его листа, насколько измѣненія не записаны въ ипотечную книгу [3]).

---

[1]) Правительство издавна боролось съ этимъ зломъ, какъ показываетъ эдиктъ отъ 19 окт. 1775 для Вост. Пруссіи и Литовіи, запрещавшій отчужденіе принадлежностей, отдѣленныхъ отъ главныхъ имѣній и выставляемыхъ подъ особымъ именемъ. Мотивомъ служило то, что такія отчужденія вносятъ путаницу въ кадастръ (Rabe, I, 6, стр. 67). Эдиктъ ссылается еще на болѣе раннія мѣры отъ 1717 и 1745 г. Къ концу 18 столѣтія парцелляціи становятся уже такъ часты, что вызываютъ цѣлый рядъ инструкцій со стороны высшихъ органовъ управленія низшимъ, мѣстнымъ, которыя неизмѣнно настаиваютъ на строгомъ соблюденіи предписаній устава 1873 и Ландрехта, не особенно охотно воспринимавшихся жизнью. Таковы: Rescript des Gross-Kanzlers an die Ostpreussische Regierung v. 29 May 1789, Rescript des Grosskanzlers v. 30 Nov. 1789, Publicandum des General-directorium v. 28 Mai 1795, Rescript des Justizministeriums v. 19 Oct. 1800 и мн. друг. (Находятся у Rabe (I, 7 стр. 772, 775, 791, III 63, VI 281). Ср. Dernburg u. H. I, 29. Но настоящее движеніе въ сторону раздробленія, парцелляціи имѣній далъ эдиктъ 9 окт. 1807, положившій начало отмѣны въ Пруссіи феодальнаго строя, провозгласившій широкую свободу оборота имѣній, пріобрѣтенія и отчужденія, дробленія и раздѣловъ ихъ и привлекшій къ гражданскому обороту все населеніе страны, прежде закрѣпощенное. Мѣра была вызвана затруднительнымъ положеніемъ государства въ борьбѣ съ Наполеономъ и цѣлилась возстановить экономическое благосостояніе націи. (GS. за 1822, стр. 170).

[2]) См. всѣ рескрипты предш. примѣч.

[3]) Особенно интересенъ и исторически важенъ покончившій съ этимъ вопросомъ Plenarbeschluss v. 19 Mz. 1855, Präjudiz 2616 находится въ Entsheidungen des kön. Ober-Tribunals, Bd 30 (II Folge Bd 10) Berlin 1855, I N, 1 стр. 1): „Вещное право ипотечнаго кредитора распространяется и на ту долю субстанціи заложенной недвижимости, не отмѣченную спеціально въ ипотечной книгѣ, которая уже до записи ипотеки перешла въ собственность 3-го лица, но не была списана съ главнаго имѣнія по ипотечной книгѣ за это время". Въ текстѣ рѣшенія, въ мотивахъ, это положеніе распространяется и на принадлежность, причемъ не дѣлается различія между спеціально перечисленными долями и принадлежностями имѣнія и между вовсе не перечисленными, такъ какъ законъ довольствуется

Такое разрѣшеніе вопроса было, конечно, послѣдовательнымъ, но факты, вызвавшіе его, указывали какъ на то, что жизнь упорствуетъ въ неподчиненіи новому ипотечному режиму, несмотря на мѣры принужденія къ записи титула, усвоенныя уставомъ и Ландрехтомъ, такъ и на то, какъ много споровъ и волокиты происходило отъ недостатка болѣе точной спеціализаціи имѣній, такъ какъ приходилось предпринимать самимъ сторонамъ сложные поиски, чтобы установить первоначальный составъ имѣнья и, притомъ, надъ данными, ничего общаго не имѣющими съ ипотечной книгой. Главной виною всему было, повидимому, то, что Ландрехтъ не связалъ пріобрѣтенія недвижимости съ записью въ ипотечную книгу. Пріобрѣтеніе было дѣйствительно между сторонами и безъ записи. Когда оборотъ былъ менѣе подвиженъ, пріобрѣтатель спокойно владѣлъ пріобрѣтенной долей, не боясь никакого ущерба отъ незаписи своего пріобрѣтенія, а если не хотѣлъ кредитоваться, то не имѣлъ и ощутительнаго интереса въ записи. Но вотъ отчуждатель устанавливаетъ ипотеку на свое имѣнье, и эта ипотека поражаетъ и долю, давно отчужденную собственникомъ. Такой порядокъ вещей причинялъ жестокій ущербъ пріобрѣтателямъ долей. Онъ мало способствовалъ успѣху оборота и дискредитировалъ право.

Можетъ быть въ виду суровости публицитета, а можетъ быть и по другимъ причинамъ, современемъ вошло въ обычай болѣе точное обозначеніе недвижимостей въ ипотечной книгѣ [1]). Въ Вестфаліи, какъ мы уже знаемъ, это стало закономъ [2]); да и въ остальной Пруссіи правительство стало рекомендовать возможно обстоятельное обозначеніе недвижимостей [3]). Но вездѣ, кромѣ Вестфаліи, нормой оставалось общее обозначеніе недвижимости вплоть до 70-хъ гг.

VI. 1. Мы видѣли, какой путаницей основныхъ началъ характеризовалось право Ландрехта, регулирующее пріобрѣтеніе собственности, и какія надежды возлагали составители устава и Ландрехта на принудительность записи пріобрѣтенія собственности для упроченія гармоніи между натуральной и книжной собственностью. Однако, самый аппаратъ ипотечнаго режима Устава 1783 г. и Ландрехта былъ столь громоздкимъ, что требовалъ много

и общимъ наименованіемъ недвижимости. Мотивы указываютъ и рядъ колебаній, встрѣчавшихся раньше въ судебной практикѣ, приводя и самыя тѣ рѣшѣнія. Колебанія касались не только общаго вопроса о дѣйствіи публицитета въ подобныхъ случаяхъ, но и частнаго вопроса о томъ, различать или нѣтъ дѣйствіе публицитета въ отношеніи субстанціональной доли и принадлежности. Устраняя навсегда всѣ эти колебанія и провозглашая полное дѣйствіе публицитета для всѣхъ случаевъ, рѣшеніе 1855 г. руководится соображеніемъ существенной важности ипотечнаго режима для оборота, передъ которой должны уступить всѣ соображенія мягкости и пощады къ страдающимъ оттого интересамъ лицъ, не сообразующихся съ предписаніями закона. Другія рѣшенія см. у Dernburg u. H. I, 29.

1) Rescript v. 20 Febr. 1785 (Hoffmann, Repertorium, стр. 217), Instruction v. 2 Aug. 1893 f. d. Dep. Naumburg § 67, Verfügung v. 23 okt. 1839 (Just.-Min.-Bl. стр. 352).

2) VOg. v. 31 Mz. 1834 (GS. стр. 47), Allerhöchste Ordre v. 2 Aug. 1840 (Just.-Min.-Bl. стр. 250), Instruct. v. 30 Jan. 1842 (Just.-Min.-Bl. стр. 67).

3) Instruction zur H.-Nov. v. 24 Mai 1853 Art. 2 N 2 (Just.-Min. Bl. стр. 275).

заботъ, времени и средствъ отъ тѣхъ, кто долженъ былъ обращаться къ нему.

Эти заботы и издержки еще были терпимы и оправдывались, когда существовалъ феодальный строй съ крупнымъ землевладѣніемъ и малой подвижностью послѣдняго. Но когда въ началѣ 19 ст. этотъ строй зашатался и началось дробленіе крупныхъ имѣній на мелкія, для мелкихъ владѣльцевъ проволочки и пошлины, сопряженныя съ явкой и записью титула, стали очень чувствительными. Мелкій владѣлецъ предпочиталъ довольствоваться натуральной собственностью; особенно когда онъ не нуждался въ реальномъ кредитѣ, онъ не чувствовалъ нужды въ записи, такъ какъ ему не было надобности въ распоряженіяхъ по ипотечной книгѣ, связанныхъ записью пріобрѣтенія. А опасность, что его владѣніе можетъ потерпѣть, если книжный собственникъ обременитъ и его долю ипотекой, казалась ему отдаленной. Какъ всякій средній человѣкъ, онъ былъ чувствительнѣе къ конкретнымъ издержкамъ на пошлины, чѣмъ къ отвлеченной опасности все потерять. Къ этому присоединялось, конечно, и незнакомство темныхъ людей съ правомъ, ихъ привычка къ традиціи и живому факту владѣнія. И вотъ правительство въ Publicandum v. 1 oct. 1805 [1]) провозглашаетъ запись пріобрѣтенія свободной отъ принудительнаго характера и предоставляетъ совершеніе ея усмотрѣнію самого пріобрѣтателя. Законодатель полагалъ, что и частный интересъ самихъ владѣльцевъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ будетъ побуждать ихъ къ предъявленію пріобрѣтательныхъ актовъ въ ипотечныя установленія для записи, такъ какъ отмѣна принужденія записи не затрогивала прежняго значенія записи. Съ другой же стороны, законодатель не думалъ, чтобы отмѣна принудительности записи повлекла ущербъ государственнаго интереса, насколько послѣдній сказывается въ обезпеченности частной собственности; законодатель расчитывалъ даже сберечь работу судовъ по надзору за аккуратнымъ предъявленіемъ пріобрѣтательныхъ сдѣлокъ къ записи.

Но разсчеты законодателя не оправдались. Предоставленные собственному усмотрѣнію, пріобрѣтатели перестали предъявлять сдѣлки къ записи, и снова стала заявлять себя „необезпеченность собственности, увеличились процессы, сталъ страдать и кредитъ, и общее благо, и добрый порядокъ“. И уже въ VOg v. 30 Aug. 1810 [2]) возстановляется прежняя принудительность записи. Когда въ 1815 г. ипотечный режимъ былъ распространенъ на новыя провинціи съ мелкимъ землевладѣніемъ, жалобы на принужденіе къ записи переходовъ собственности увеличились.

Правительство учредило ревизію законовъ. Ревизоръ ипотечнаго режима, въ принципѣ высказавшійся за принудительность записи титуловъ пріобрѣтенія, признавалъ, однако, такую мѣру обременительной для мелкихъ владѣльцевъ и не особенно важной, т. к. мелкіе владѣльцы, по правилу, вовсе и не участвуютъ въ кредитномъ оборотѣ [3]). Въ литературѣ, въ свою оче-

---

[1]) Rabe VIII, 352.

[2]) Rabe X, 409.

[3]) Gesetz Revision, III Pensum, als Menuscript gedruckt, Berlin 1829.

редь, раздавались жалобы на обременительность системы принужденія для мелкаго землевладѣнія, особенно въ виду громоздкости ипотечнаго аппарата [1]). Правительство, вмѣсто улучшенія и упрощенія режима, рѣшило отмѣнить по прежнему, и уже окончательно, принудительность записи титуловъ пріобрѣтенія, предоставивъ дѣло усмотрѣнію сторонъ. Сначала это было сдѣлано для Вестфаліи въ Landtagsabschied v. 30 Juli 1827 [2]), послѣдовавшемъ на петицію вестфальскихъ сословій. Но потомъ въ Allerh. Kab.-Ordre v. 31 Oct. 1831 [3]) мѣра была распространена на всю монархію. Мотивомъ служило то, что „хлопоты и издержки, связанныя съ принудительностью записи, не стоятъ ни въ какомъ соотношеніи съ получаемыми отъ того выгодами, особенно при мелкомъ землевладѣніи". Такъ пала принудительность записи титуловъ пріобрѣтенія недвижимостей, служившая по Ландрехту единственной базой гармоническаго сочетанія двухъ противоположныхъ системъ: традиціи и Auflassung. Путаница началъ отъ этого еще болѣе обострилась и грозила упадкомъ новой системѣ.

2. На-ряду съ вопросомъ о принудительности записи, передъ судебной практикой всталъ вопросъ и о томъ, можетъ ли имѣть мѣсто запись перехода собственности до совершенія традиціи? Мы видѣли, что Ландрехтъ не рѣшаетъ этого вопроса открыто и категорически. Косвенное же заключеніе отрицательнаго характера слишкомъ не согласовалось въ глазахъ судовъ, воспитанныхъ на римскихъ идеяхъ, съ общими положеніями Ландрехта о титулѣ и традиціи.

Правительство отвѣчало первое время на сомнѣнія судовъ рескриптами [4]), въ которыхъ исходило изъ идеи, что традиція не должна необходимо предшествовать записи, и даже не требуется доказательствъ совершенія ея для цѣлей записи; скорѣе, достаточно соизволенія продавца на запись titulus poss. для новаго пріобрѣтателя съ такимъ дѣйствіемъ, чтобы принимать послѣдняго за полнаго собственника. Такимъ образомъ, первое время стояли очень близко къ теоріи Auflassung и традиціи придавали значеніе только выполненія пріобрѣтательнаго акта, о чемъ стороны и соглашались между собою до или послѣ записи титула владѣнія.

Но позднѣе это пониманіе пало, и рескрипты же [5]) стали утверждать, что только по традиціи пріобрѣтается собственность на недвижимости. Эта

---

[1]) Voss, Bemerkungen und Vorschläge zur Revision der HO., въ 1830 г. отпечатанная для тѣснаго круга лицъ, а въ 1831 г. появившаяся въ Kamptzsche Jahrbücher f. d. Preuss. GG., R.-Wiss. u. R.-Verw. Bd. 37, стр. 244; Bornemann, Syst. Darst. des Preus. Civ.-R. стр. 124 (II изд.).

[2]) v. Kamptz, Annalen der Pr. Staatsverw. Bd. XI стр. 588.

[3]) GS. 1831 стр. 251.

[4]) Отъ 29 авг. 1784 и отъ 26 мая 1804 (Neues Archiv, Bd. 3 стр. 486, Rabe VIII 69, такъ же въ Gesetz-Revision, Pensum III als Man. abgdr. Berlin 1829).

[5]) Отъ 19 іюня 1816, 27 мая 1819, 26 Мр. 1834 (v. Kamptz Jahrb. Bd. 8 стр. 53, Bd. 13 стр. 303, Bd. 43 стр. 203. Ges.-Revision, Pensum III указываетъ еще на рескриптъ 14 ф. 1815 и 9 дек. 1818.

перемѣна взгляда произошла не только подъ давленіемъ теоріи, всецѣло проникнутой романистическими идеями традиціи, но и особенно вслѣдствіе того, что по ряду условій, какъ намъ уже извѣстно, правительство было вынуждено отмѣнить принудительность записи пріобрѣтенія недвижимостей и предоставить совершеніе ея усмотрѣнію сторонъ. При такихъ условіяхъ, особенно когда и жизнь и теорія протестовали противъ записи, было уже трудно устоять на идеѣ Auflassung и не перейти на проторенную дорогу традиціи [1]).

Судебная практика обертрибунала уже въ старыхъ рѣшеніяхъ своихъ защищала точку зрѣнія традиціи [2]). Потомъ наступили колебанія, и одинъ изъ сенатовъ сталъ-было на точку зрѣнія германской Auflassung, или записи [3]). Наконецъ, обертрибуналъ снова и окончательно утвердился на точкѣ зрѣнія традиціи [4]). Въ 70-хъ гг., когда реформа права вызвала апелляціонные суда на отчетъ о положеніи судебной практики по вопросу о переходѣ собственности, безспорной нормой являлась уже традиція [5]). Теорія права, въ свою очередь, разбилась по этому вопросу на два лагеря. Меньшинство, углубляясь въ изученіе матеріаловъ къ Ландрехту, пыталось еще доказывать, что Ландрехтъ имѣлъ въ виду для записанныхъ недвижимостей установить принципъ Auflassung, и только для незаписанныхъ недвижимостей и для движимостей оставилъ традицію [6]). Но большинство даже германистовъ скло-

---

[1]) Эту связь двухъ вопросовъ отмѣчаютъ и проектъ 1869 г. стр. 31 и проектъ Мин. Сел. Хоз. 1863 г. стр. 127.

[2]) См. въ Arnsb. Archiv XI 440, XII 285, Striethorst Arch. III 225, особ. 227 VIII 226.

[3]) Striethorst Arch. III 223.

[4]) Сначала по частному вопросу въ Plenarbeschlusz v. 7 Juli 1851 (Entsch. XXI, 10), а потомъ и въ общей формѣ въ Plenarbeschluss v. 6 Mz, 1854 (Entsch. XXVII 287) Послѣднее рѣшеніе, знаменитое своей исторической ролью, такъ какъ окончательно утвердило отношеніе суда къ вопросу, гласитъ: „Ist der Besitztitel eines Grundstücks auf eine Person eingetragen, die nicht wahrer Eigenthümer ist, und hat jemand von dieser Person, sei es auch redlicher Weise, das Grundstück ganz oder Theilweise angekauft, aber noch nicht übergeben erhalten, befindet sich dasselbe vielmehr im Besitze des wahren, nicht eingetragenen Eigenthümers, so kann der Käufer gegen den Letzten ein Recht auf die Sache, selbst wenn die Eintragung auf ihn geschehen, nicht geltend machen. Präjudiz 2501“.

[5]) Die Preuss. Ges.-Entwürfe über Grund.-Eig. u. H.-Recht nebst Motiven. Berlin 1869 стр. 32.

[6]) Plathner въ Jur. Wochenschrift за 1847 стр. 450, его же брошюра, Grundzüge der Preuss. H.-Verf. u. deren Umsturz durch die neuere R.-Wiss. Breslau 1856, Bornemann, въ Preuss.-Ger.-Zeitung за 1860 стр. 85. Но въ своемъ syst. Darst. des Preuss. Civ.-R. Berlin 1842, стр. 124, Bornemann колеблется, т. к. излагаетъ дѣйствующее въ жизни право, все же онъ учитъ: „Недвижимости могутъ быть традированы дѣйствительнымъ образомъ лишь тѣмъ, кто значится собственникомъ по книгѣ. Натуральный собственникъ долженъ признать дѣйствія книжнаго собственника за обязательныя для себя. Впрочемъ, все это—исключенія изъ общаго правила о традиціи. Bona fides проникаетъ все ученіе о пріобрѣтеніи“.

нялось въ сторону традиціи, на которой и утвердилось окончательно [1].

Такимъ образомъ, въ отношеніяхъ собственности была возстановлена система общаго права. Но реальный кредитъ, ипотека—сохранила неизмѣнно публицитетъ, какъ одну изъ коренныхъ своихъ основъ, въ тѣхъ, впрочемъ, границахъ, какія ей отвелъ Ландрехтъ. Для отношеній по ипотекѣ, по прежнему, все рѣшала книга, и книжный собственникъ былъ единственно легатимированной персоной на ипотечныя сдѣлки, и его дѣйствія въ области ипотечныхъ отношеній, по прежнему, являются обязательными для натуральнаго собственника [2]; но въ отношеніяхъ по собственности все рѣшаетъ традиція, и книга утрачиваетъ всякое значеніе. Такъ разошлись между собою эти два института, впрочемъ, только на время.

Проекты реформы ипотечнаго режима отъ 70-хъ г. такъ формулируютъ дѣйствующее въ жизни право, добытое путемъ переработки практикой и теоріей Ландрехта. Такъ какъ не по записи, а по традиціи пріобрѣтается собственность на недвижимости, то только натуральный владѣлецъ и можетъ отчуждать недвижимость далѣе, ибо только онъ можетъ передать владѣніе пріобрѣтателю; напротивъ, записанный собственникъ, если ему недвижимость не была передана, не можетъ этого,—но онъ можетъ осуществлять неоспоримо всѣ другія правовыя дѣйствія, влекущія обремененіе недвижимости, насколько для того не требуется необходимо владѣніе. Тѣ же начала были распространены и далѣе, на необходимую субгастацію. Адъюдикатарій не пріобрѣтаетъ на торгахъ собственности, если субгастатъ былъ только книжнымъ собственникомъ, рядомъ съ которымъ есть еще натуральный собственникъ, владѣющій недвижимостью, который не былъ привлеченъ къ субгастаціи и не былъ исключенъ съ его собственностью приговоромъ, вступившимъ въ законную силу. Наконецъ, изъ того же начала выводили, что книжный собственникъ, какъ таковой, не лигитимируется на виндикацію, а скорѣе долженъ еще доказать, что пріобрѣлъ недвижимость по традиціи отъ натуральнаго собственника [3].

Легко себѣ представить тѣ невозможныя положенія, какія создавала теперь запутанная правовая организація оборота недвижимостей въ жизненныхъ отношеніяхъ. „Дуплицитетъ системы, водворившейся въ жизни, рѣжетъ

---

[1]) Koch. Kommentar zum ALR, III изд. Anmerc. 4 zum § 6 ALR I, 10; онъ же въ Privatr. изд. II Bd. I стр. 480. Dernburg u. H., Das Preuss. HR, примыкаютъ къ этому же взгляду, слѣдуя за установившейся практикой.

[2]) Ср. вообще конструкцію отношенія книжнаго и натуральнаго собственника, какъ и общее вліяніе ипотечной книги на вещное право у Prinz, der Einfluss der Hyp. Buch.-Verf. auf das Sachenrecht. Berlin 1858, стр. 27—31.

[3]) Проектъ 1869 г. Мотивы стр. 33 со ссылкой на суд. рѣшенія, находящіяся въ Striethorst XXXII 72, XLII 249, Entscheidungen XLIV 77; Striethorst V 259, XII 257, Gruchot Beiträge VIII 578 прим. Менѣе отчетливо таже картина рисуется и проектомъ Мин. Сел. Хоз. стр. 127 и слѣд. Но проекты все же не скрываютъ той истины, что водворившееся въ жизни право не покрывается Ландрехтомъ и что вина за искаженіе Ландрехта практикой падаетъ на самый Ландрехтъ, на его систему и неясности. См. проектъ 1869 г. стр. 33, проектъ 1864 г. стр. 25.

глазъ". Съ одной стороны, при этой системѣ мы имѣетъ собственность внѣ ипотечной книги; эта собственность не дѣйствуетъ противъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя, производящаго свое право отъ записаннаго собственника (надо бы ожидать, что и собственность), и однако же внѣ-книжная собственность обезсиливаетъ принципъ публицитета ипотечной книги (когда дѣло идетъ о собственности). Съ другой же стороны, мы имѣемъ книжную собственность, которая не имѣетъ дѣйствія тогда, когда незаписанный въ книгу пріобрѣтатель состоитъ во владѣніи. Въ отношеніи ипотеки и другихъ реальныхъ правъ, не связанныхъ съ владѣніемъ, записанному собственнику не воспрещается распоряжаться по книгѣ дѣйствительнымъ образомъ, хотя бы онъ и не получилъ владѣнія, и натуральный собственникъ не можетъ оспаривать этихъ дѣйствій книжнаго собственника и обязуется подчиняться имъ. А вотъ собственность онъ не можетъ передать дѣйствительнымъ образомъ, разъ только онъ не передаетъ владѣнія. Онъ можетъ исчерпать ипотеками всю цѣну недвижимости,—и все это натуральный собственникъ долженъ терпѣть; а вотъ добросовѣстнаго покупателя, уплатившаго цѣну, натуральный собственникъ можетъ и не признать, даже и тогда, когда покупатель пріобрѣтаетъ имѣнье съ торговъ! Такимъ образомъ, при наличности ипотечной книги съ ея публицитетомъ въ отношеніи ипотекъ, традиція оказывается уже неумѣстной, такъ какъ создаетъ дуплицитетъ системы и собственности, ослабляетъ въ гражданахъ интенсивность стремленія къ записи пріобрѣтенія, вызываетъ невѣрность оборота, дѣлаетъ осязательными тяжесть и дороговизну производства записи, все же важной въ виду публицитета книги для ипотечнаго оборота. Нечего уже говорить о томъ, что традиція, совершаемая къ тому же и отвлеченно, и владѣніе, могущее покоиться на разнообразныхъ основаніяхъ, не могутъ вообще служить надежной базой для вотчинно-ипотечнаго оборота" [1]).

VII. Въ то время, какъ судьбы ипотечнаго режима Ландрехта и устава завершились въ области отношеній по собственности реставраціей началъ общаго права о традиціи, судьбы его въ области отношеній по ипотекѣ пошли противоположнымъ путемъ.

Ипотечный оборотъ былъ поставленъ и Ландрехтомъ на болѣе или менѣе опредѣленную почву публицитета, отчего право Ландрехта и не вызывало тутъ особыхъ сомнѣній на практикѣ. И практика не испытывала значительныхъ колебаній.

1. Мы уже знаемъ отчасти изъ предшествующаго изложенія, что судьбы отношеній по собственности не отражались на ипотечныхъ отношеніяхъ. Ни отмѣна принужденія къ записи пріобрѣтеній собственности, ни торжество римской традиціи въ отношеніяхъ пріобрѣтенія собственности не отражались на ипотекѣ. Для отношеній по ипотекѣ книжный собственникъ остался и послѣ этихъ измѣненій единственно легитимированной персоной въ оборотѣ [2]). Но

[1]) См. проектъ 1864 г. стр. 26 и слѣд.; проектъ 1869 г. стр. 34 и слѣд.; проектъ Мин. Сел. Хоз. 1863 г. стр. 127 и слѣд.

[2]) Präjudiz des Ober-Tribunals v. 20 Jan. 1853 (Entsch. XXIV 386): „Die Eintra-

косвенно указанныя измѣненія въ правѣ собственности отражались и на успѣхѣ реальнаго кредита, именно черезъ посредство экзекуціи, которая, какъ мы знаемъ, была признана судами недѣйствительной, если состоялась противъ книжнаго собственника и безъ привлеченія натуральнаго собственника. Хотя натуральный собственникъ и долженъ былъ признать для себя обязательными дѣйствія книжнаго собственника въ области ипотечныхъ отношеній, все же кредитору стоило хлопотъ отыскивать натуральнаго собственника и т. п., чтобы экзекуція завершилась съ успѣхомъ.

2. Ипотека, какъ мы уже знаемъ, не страдала и отъ того, что отъ недвижимости фактически отдѣлялись доли или принадлежности, притомъ, когда либо послѣ первоначальнаго изготовленія ипотечнаго листа, разъ только отдѣленіе ихъ не отмѣчается въ ипотечной книгѣ и не дѣлается, такимъ образомъ, гласнымъ.

3. Однако и въ самой организаціи ипотеки по Ландрехту заключались значительныя несовершенства, причина которыхъ крылась въ томъ же сочетаніи разнородныхъ по существу началъ римской акцессорной ипотеки и новаго публичнаго ипотечнаго режима. Ландрехтъ не переработалъ должнымъ образомъ этихъ разнородныхъ началъ и создалъ запутанную организацію. Съ одной стороны, ипотека, по Ландрехту, признается, въ духѣ римскаго права, акцессоріемъ личнаго требованія, въ обезпеченіе котораго она только и устанавливается. Она признается порочной, когда порочно главное личное требованіе. Она признается возникающей только въ виду возникновенія личнаго требованія, прекращающейся съ прекращеніемъ личнаго требованія.

Съ другой же стороны, уже Ландрехтъ, въ цѣляхъ публицитета ипотекъ, выросшаго изъ потребностей самой жизни, на каждомъ шагу дѣлаетъ поправки въ романистическомъ зданіи ипотеки, столь значительныя, что „всѣ эти примитивныя положенія о возникновеніи и прекращеніи ипотеки остаются существовать впредь собственно только въ теоріи“ [1]. Принципомъ публицитета ипотека въ извѣстной мѣрѣ оторвана отъ главнаго личнаго требованія и стоитъ рядомъ съ послѣднимъ, образуя предметъ особаго господства въ томъ свойствѣ, въ какомъ она выступаетъ по ипотечной книгѣ. И Ландрехтъ признаетъ эти консеквенціи публицитета. Согласно Ландрехту, установленная записаннымъ въ книгу владѣльцемъ ипотека дѣйствуетъ и тогда, когда книжный владѣлецъ не будетъ истиннымъ собственникомъ (I 20, § 410 и др.). Возраженія на право ипотеки, перешедшее въ третьи руки, изъ свойствъ

---

gung einer Hyp.-Forderung, welche zu einer Zeit nachgesucht und bewirkt ist, zu welcher derjenige, welcher die Hyp. bestellt hat, in dem Hyp.-Buche als Besitzer eingetragen stand verliert, insofern der H.-Gläubiger in gutem Glauben sich befindet, nicht ihre rechtliche Wirksamkeit, wenn auch das Grundstück bereits vor Bestellung und Eintragung der Hyp. aus dem Eigenthum dessen, der die Hyp. bestellt hat, herausgegangen war und von Seiten des Instrumentirenden Notars Abschriften des Veräussrungsvertrages zu den Hyp.-Akten eingereicht worden, ohne dass jedoch auf Grund dieses Vertrages die Eintragung einer Protestation des neuen Erwerbers nachgesucht und erfolgt ist“.

[1]) Bornemann, syst. Darstellung des Preuss. Civ.-R. Berlin 1843.

главнаго требованія, могутъ быть, по правилу, только тогда предъявлены 3-му лицу, когда они отмѣчены въ ипотечной книгѣ (I 20, § 423 и слѣд. Anh. къ I 2, § 53, 739). Возникаетъ ипотека только путемъ записи титула ея въ ипотечную книгу. Прекращается она только съ погашеніемъ записи ея въ ипотечной книгѣ. Она не только существуетъ послѣ удовлетворенія ипотечнаго кредитора и до погашенія ея въ ипотечной книгѣ, но, болѣе того, если она передана 3-му лицу послѣ того, какъ состоялось удовлетвореніе ипотечнаго кредитора, то должникъ уже не можетъ осуществить и своего притязанія о погашеніи ипотеки противъ 3-го лица, на основаніи прежняго удовлетворенія. Вездѣ тутъ предполагается bona fides.

Эти консеквенціи принципа публицитета, провозглашенныя самимъ Ландрехтомъ, не только не могутъ быть примирены съ римскимъ строеніемъ ипотеки, но прямо измѣняютъ существо этого строенія, а между тѣмъ только онѣ и дѣлаютъ ипотеку годной для оборота. Именно въ этихъ консеквенціяхъ публицитета сосредоточивается тотъ specificum ипотеки, какъ правовой формы реальнаго кредита, который есть обезпеченность, даваемая ссужателю ипотекой и возмѣщающая ему невыгоды помѣщенія капитала подъ ипотеку, сравнительно съ выгоднымъ помѣщеніемъ капитала въ другія отрасли промышленной дѣятельности. За обезпеченность и неоспоримость своего права при публицитетѣ ипотеки кредиторъ жертвуетъ высотою %-а, легкостью помѣщенія и полученія обратно капитала, которыя ему сулятъ иное помѣщеніе капитала (въ промышленныя предпріятія).

Вслѣдствіе того, что Ландрехтъ усвоилъ начала двухъ разнородныхъ ипотечныхъ режимовъ, римскаго и современнаго, негласной акцессорной ипотеки и публичной, по крайней мѣрѣ относительно самостоятельной ипотеки, многое въ правѣ Ландрехта становилось неяснымъ для юриста, какъ теоретика, такъ, особенно, практика, и юристу приходилось въ извѣстной мѣрѣ колебаться при выборѣ руководящаго начала для разрѣшенія сомнѣній и неясностей.

Однимъ изъ самыхъ больныхъ вопросовъ былъ тотъ, въ какой мѣрѣ допускать возраженія изъ главнаго личнаго требованія, остающагося негласнымъ, на акцессорное вещное право ипотеки, подчиненное публицитету ипотечной книги и защищенное послѣднимъ въ интересахъ оборота? Ландрехтъ памѣтилъ отвѣтъ на этотъ вопросъ въ рядѣ предписаній, не всегда удовлетворительныхъ. Онъ различалъ непосредственныя отношенія сторонъ, участвовавшихъ въ актѣ установленія ипотеки, и отношенія должника къ 3-мъ пріобрѣтателямъ ипотеки. Тамъ, по Ландрехту, допускаются всякаго рода возраженія изъ личнаго отношенія противъ вещнаго права; тутъ же допускаются, по правилу, только тѣ возраженія, которыя были отмѣчены, до перехода ипотеки въ 3-ьи руки, въ ипотечной книгѣ. Но сверхъ послѣднихъ возраженій противъ 3-го лица дѣйствуетъ еще начало bona fides, въ силу котораго даже незаписанныя возраженія, но извѣстныя 3-му лицу, дѣйствуютъ противъ него. А это неопредѣленное начало открываетъ уже широкій просторъ толкователю системы и злоупотребленіямъ сторонъ. Нако-

нецъ, признаніе Ландрехтомъ ипотеки за акцессорное право довершало неблагопріятныя для публичной ипотеки условія, въ которыя становился толкователь права Ландрехта, пытающійся отвѣтить на поставленный выше вопросъ. Судебная практика и теорія, воспитанныя на римскихъ началахъ, почерпали въ двухъ послѣднихъ общихъ началахъ обильный матеріалъ, чтобы подорвать въ корнѣ защиту ипотеки публицитетомъ.

Съ большей или меньшей солидарностью юристы приходили къ слѣдующему выводу. На записанную ипотеку допускаются: α) тѣ, возраженія, которыя были отмѣчены въ ипотечной книгѣ (I 20 § 423); β) тѣ, которыя указывались кредитору до пріобрѣтенія имъ ипотечнаго права [1]); γ) тѣ, которыя усматриваются изъ ипотечнаго документа и которыя нельзя проглядѣть безъ грубой небрежности [2]); δ) такъ какъ пріобрѣтатель ипотеки обязуется освѣдомляться о положеніи пріобрѣтаемой имъ ипотеки по ипотечной книгѣ (I 20 § 426), а этому служитъ ипотечное свидѣтельство, представляющее точную копію съ ипотечной книги и легитимирующее держателя на распоряженіе ипотекой, осмотръ каковаго свидѣтельства замѣняетъ осмотръ ипотечной книги, то противъ 3-го ипотечнаго кредитора допускаются и тѣ возраженія, которыя онъ безъ грубой небрежности не могъ проглядѣть въ ипотечномъ свидѣтельствѣ [3]) ε) въ спеціальномъ отдѣлѣ о ленномъ правѣ Ландрехтъ (I 18 § 260, 665), по обыкновенію своему, не къ мѣсту и неожиданно провозглашаетъ начало, что пріобрѣтатели вещныхъ правъ обязуются изслѣдовать и вотчинные акты, если желаютъ надежнаго пріобрѣтенія. Въ виду этого возникалъ вопросъ, не распространить ли и на ипотечнаго цессіонарія такую обязанность съ ея послѣдствіями для возраженій должника противъ 3-го цессіонарія ипотечнаго требованія. Но противъ этого уже возстали и теоретики, отыскавъ себѣ поддержку въ матеріалахъ къ Ландрехту [4]).

Но уже полное разногласіе въ теоріи и колебанія практики мы встрѣчаемъ по спеціальному вопросу величайшей важности о томъ, можно ли на ипотеку, перешедшую къ добросовѣстному 3-му, допускать возраженіе должника, что ипотека не имѣетъ титула? Оберъ-трибуналъ отвѣчалъ одно время на этотъ вопросъ утвердительно [5]), также и часть теоретиковъ [6]). Напротивъ, другая часть теоретиковъ [7]), а также рескриптъ министра юстиціи [8]) рѣшили его отрицательно. Признаваемое въ такихъ широкихъ предѣлахъ право возраженія на публичную ипотеку изъ негласнаго личнаго отношенія,

---

[1]) Koch, Kommentar, 2 изд. N. 60 къ § 424 I, 20 и Präjudiz des Ober-Trib. v. 20 Febr. 1849, Entsch.. XVII 270.

[2]) Bornemann, Syst. Darst., 2 изд., IV 222, 23.

[3]) Erk. des Ober-Trib. v. 12 Juni 1849, Entsch. XVIII 256.

[4]) Koch Kommentar къ § 250 cit. Anm. 78; Bornemann, Syst. Darst. IV 223.

[5]) Mathis, Iur. Mon-Schr. III, 281.

[6]) Bornemann, IV 222 и Krause въ Simon u. v. Strampf. Z I, 11.

[7]) Ulrich въ Jur. M.-Schr. 1844 стр. 320 и слѣд. 329 и сл.

[8]) Отъ 12 окт. 1832 г. (Graeff VI стр. 56).

а особенно рѣзкія колебанія практики по коренным вопросамъ ипотечнаго права дѣлали неприкосновенность права ипотеки болѣе или менѣе случайной и проблематичной, оборотъ съ нею шаткимъ и ненадежнымъ, а между тѣмъ всѣ эти условія ненадежности ипотеки имѣли источникомъ акцессорную природу новой ипотеки, признанную Ландрехтомъ на-ряду съ ея публицитстомъ. Въ концѣ-концовъ, 3-й пріобрѣтатель ипотеки, несмотря на провозглашенное правомъ начало публицитета ипотечной книги и довѣрія къ послѣдней, не былъ обезпеченъ отъ всѣхъ тѣхъ возраженій на дѣйствительность и правовое существованіе долговаго акта, которыя явствуютъ изъ послѣдняго. Чтобы дѣйствовать вѣрно, цессіонарій не можетъ удовлетвориться аттестаціей о воспослѣдовавшей записи требованія и цессіи послѣдняго, а долженъ изслѣдовать самый документъ, содержащій личное требованіе и установленіе титула ипотеки, и сверхъ того еще ипотечное свидѣтельство, и терпитъ ущербъ, если этого не сдѣлаетъ или оплошаетъ при изслѣдованіи или даже добросовѣстно ошибется. А какъ легко сдѣлать оплошность или ошибку, при изслѣдованіи ипотечнаго свидѣтельства, которое нерѣдко представляетъ собою цѣлый томъ на половину ненужныхъ свѣдѣній, такъ какъ, по уставу 1783 г., оно представляетъ полную копію ипотечнаго листа, указывающую сполна не только существующія, но и погашенныя уже правоотношенія. Даже спустя многіе годы, при осуществленіи взысканія, онъ можетъ быть задержанъ, при осуществленіи своего права, и сколько простора неосновательнымъ процессамъ противъ него, сколько мѣста оспариванію правовой дѣйствительности требованія. Трудно ли должнику заявить, что 3-му пріобрѣтателю были указаны во время или иначе сдѣлались извѣстными возраженія должника, хотя и не записанныя въ ипотечную книгу. А это уже влечетъ разбирательство и волокиту. Пріобрѣтатель ипотеки живетъ такимъ образомъ подъ страхомъ не только за вѣрность и обезпеченность ипотечнаго требованія, но и за его осуществимость.

Но вотъ кредиторъ добросовѣстно пріобрѣлъ ипотечное требованіе, все предусмотрѣлъ изъ ипотечной книги и т. д., въ цѣломъ рядѣ одержалъ побѣду надъ должникомъ, добился послѣ массы затрудненій публичной продажи недвижимости и распредѣленія суммы,—онъ все еще можетъ лишиться своего, если послѣдующіе кредиторы оспариваютъ существованіе и правомѣрность требованія и успѣютъ въ томъ. Все это отражается не только на интересахъ кредиторовъ, но и на интересахъ землевладѣнія вообще [1]).

4. Несмотря на столь неблагопріятное отношеніе къ публицитету ипотеки со стороны романистической теоріи и судебной практики, новыя начала ипотечнаго права дѣлали все новыя и новыя завоеванія и приводили иногда къ организаціямъ, становящимся въ полное противоположеніе съ римскимъ понятіемъ ипотеки и являющимся послѣдующими выводами изъ новыхъ началъ публичной ипотеки. Важнѣйшимъ такимъ завоеваніемъ новаго теченія

---

[1]) Ср. мотивы къ проектамъ 1864, 1869 г.г. и къ проекту Мин. Сел. Хоз. 1863 г.

въ правѣ надо признать введеніе путемъ автентическаго толкованія Ландрехта ипотеки на собственную вещь.

Чуть ли не на утро по опубликованіи Ландрехта правительство учреждаетъ законодательную комиссію, которая бы пополняла замѣчаемые пробѣлы или противорѣчія въ правѣ Ландрехта. Въ 1802 г. комиссіи былъ предложенъ на разрѣшеніе вопросъ, возникшій въ одномъ процессѣ объ опекѣ. Вопросъ былъ поставленъ такъ: считать ли погашенными долговыя требованія, записанныя въ ипотечную книгу, когда они переходятъ по наслѣдству или иному правооснованію на собственника заложенной недвижимости; или же собственникъ послѣдней, невзирая на то, что является и собственникомъ ипотечнаго требованія и должникомъ, можетъ цедировать такія притязанія въ 3-и руки? Въ Ландрехтѣ комиссія встрѣчала точки опоры какъ въ пользу признанія ипотеки погашенной по confusio, ибо Ландрехтъ ссылается на общія основанія погашенія ипотеки и въ томъ числѣ на confusio, а сверхъ того еще провозглашаетъ ипотеку за акцессорное право,—такъ и въ пользу признанія за ипотекой дальнѣйшаго дѣйствія, ибо Ландрехтъ и уставъ признаютъ записанныя ипотечныя требованія, особенно, когда они цедированы 3-му лицу, дѣйствующими до погашенія ихъ по книгѣ противъ 3-го пріобрѣтателя, особенно добросовѣстнаго. Экскурсіи въ римское право ипотеки опять давали точки опоры какъ въ пользу признанія ипотеки погашенной по confusio, ибо по римскому праву погашеніе такого рода являлось нормой, такъ и въ пользу признанія ипотеки существующей, несмотря на confusio, ибо римскому праву были извѣстны и такого рода исключенія, хотя и очень рѣдкія. Наконецъ, аналогія закладныхъ листовъ говорила, отчасти, въ пользу признанія ипотеки дѣйствующей, несмотря на confusio, — но закладные листы были институтомъ спеціальнаго права, едва ли вполнѣ годнаго для распространительнаго толкованія. Но требованія жизни, о которыхъ сейчасъ скажемъ, настаивали на признаніи ипотеки дѣйствующей, несмотря на confusio. И вотъ комиссія, послѣ слабоватой аргументаціи de lege lata въ пользу сохраненія ипотечнаго требованія по сліяніи его въ одномъ лицѣ съ собственностью на заложенную недвижимость, выдвигаетъ солидные мотивы за это сохраненіе de lege ferenda. При этомъ комиссія уже переводитъ обсужденіе съ почвы чистой догматики на почву политики реальнаго кредита и видоизмѣняетъ самую постановку вопроса. „Можетъ ли собственникъ ипотечнаго требованія, послѣ того, какъ онъ получилъ собственность на обремененный ипотекой участокъ (или наоборотъ), сдѣлать какое-нибудь употребленіе изъ указанной ипотеки, или же должно считать ипотечное требованіе погасшимъ по confusio?“ „Вѣдь тутъ все дѣло только въ этомъ: можетъ ли собственникъ опредѣленную долю цѣны своего имѣнья, которая (цѣна) по порядку ипотекъ, опредѣляемому послѣдовательностью ихъ записи во времени, такъ исчерпана долгами, что только ипотечный кредиторъ, обладающій той долей, въ правѣ получить что нибудь изъ цѣны вещи, предпочтительно передъ другими ипотечными кредиторами, — можетъ ли собственникъ (онъ же и кредиторъ въ той долѣ) удержать эту долю цѣны въ своемъ распоряженіи такъ,

чтобы безъ возраженій послѣдующихъ кредиторовъ реализовать ее въ деньгахъ и быть управомоченнымъ, воспользоваться полученными на этотъ предметъ деньгами самъ, для другихъ своихъ потребностей, помимо удовлетворенія уже записанныхъ кредиторовъ? Изъ его свойствъ, какъ собственника участка, такое полномочіе не вытекаетъ; только, какъ собственникъ, онъ не въ правѣ распоряжаться черезъ посредство ипотеки той долей имѣнья или цѣны его, а можетъ распорядиться только долей, которая останется свободной за вычетомъ уже записанныхъ ипотечныхъ долговъ; послѣднее же правомочіе можетъ оказаться очень проблематичнымъ экономически. Для распоряженія же указанной долей, болѣе надежной и экономически, собственникъ нуждается въ особомъ титулѣ. Послѣдній-то титулъ собственникъ и имѣетъ въ другомъ своемъ качествѣ, именно въ качествѣ creditor hypothecarius cum jure praelationis. Такимъ образомъ, никакого противорѣчія не получается съ правомъ собственника на землю, какъ таковымъ, отъ того, что лицо сохраняетъ и свойство creditor hyp., а потому и не слѣдуетъ принимать, что ипотечное право несогласуемо съ правомъ собственности на землю и что оно, во что бы то ни стало, должно уступить праву собственности, какъ болѣе сильному, или угаснуть для самостоятельныхъ функцій съ наступленіемъ инкорпораціи. Лицо получаетъ ипотеку какъ собственникъ заложеннаго участка, и его кредиторское право, ставъ недѣйствительнымъ вслѣдствіе confusio лишь въ томъ отношеніи, что лицо не можетъ осуществить ипотечнаго притязанія противъ себя самого, должно тѣмъ не менѣе дать ему титулъ на то чтобы утверждать въ отношеніи послѣдующихъ ипотечныхъ кредиторовъ свободное распоряженіе своимъ единственно-вакантнымъ мѣстомъ ипотеки, и чтобы, такимъ образомъ, въ случаѣ нужды, оно нашло кредитъ, котораго, можетъ быть, не нашло бы, если бы могло заложить только ту долю цѣны своего участка, которую оставляютъ ему свободной требованія кредиторовъ, стоящихъ ниже его по порядку, какъ кредитора". Сомнѣніе могло бы еще возникнуть въ виду интереса послѣдующихъ кредиторовъ, а именно, не причинитъ ли благопріятное собственнику-кредитору рѣшеніе вопроса ущерба послѣдующимъ кредиторамъ? Но и это сомнѣніе неосновательное, и справедливость говоритъ противъ него. „По точному предписанію Ландрехта (I 20, § 22), разъ принявшій обезпеченіе, въ формѣ залога или ипотеки, кредиторъ долженъ довольствоваться имъ до уплаты долга, а по § 24, I 20 собственникъ заложенной вещи можетъ свободно распоряжаться ею настолько, насколько это не вредитъ правамъ и обязанностямъ кредитора, по I 20, § 500 и AGO. I 50, § 387 преимущественное право ипотекъ опредѣляется единственно порядкомъ записи. По всему этому ипотечные кредиторы №№ 2, 3 и т. д., которымъ, во время установленія въ ихъ пользу ипотеки, предшествовало непогашенное ни матеріально, ни формально ипотечное требованіе № 1, не имѣютъ никакого права на ту долю цѣны заложеннаго имѣнья, которую беретъ постъ № 1, и хотя они per indirectum вступаютъ на мѣсто № 1 или другія мѣста, болѣе ихъ высшія, вслѣдствіе погашенія ипотеки № 1, когда этотъ № 1 не стоитъ болѣе имъ на дорогѣ, — то это погашеніе яв-

ляется для нихъ все же дѣломъ простого случая; тѣмъ болѣе они не имѣютъ правового основанія добиваться вступленія въ то мѣсто противъ воли собственника недвижимости, ставшаго и собственникомъ предшествующей ипотеки, что законъ нигдѣ открыто не установилъ, чтобы, вообще, послѣдующій кредиторъ долженъ быть управомоченъ на вступленіе въ мѣсто, ставшее свободнымъ послѣ отпаденія предшествующаго ипотекарія". Въ виду всѣхъ этихъ соображеній комиссія мнѣніемъ полагаетъ: „Ипотечныя права не прекращаются отъ одного простого соединенія собственности на нихъ съ собственностью на заложенную недвижимость въ лицѣ одного владѣльца,— а лишь вслѣдствіе отъ владѣльца послѣдовавшаго и отъ произвола его зависящаго прошенія о погашеніи ипотеки по книгѣ, такъ что владѣлецъ въ правѣ уступить такое ипотечное право, еще не погашенное по книгѣ, 3-му лицу" [1]). Мнѣніе законодательной комиссіи получило силу закона и явилось въ позднѣйшихъ изданіяхъ Ландрехта въ видѣ Anhang § 52, zum § 484, ALR I 16.

Комиссія рѣшила вопросъ лишь о случаяхъ сліянія собственности и ипотеки въ одномъ лицѣ. На практикѣ же мнѣнію комиссіи стали придавать распространительное толкованіе на случаи, когда собственникъ удовлетворитъ ипотечнаго кредитора и по цессіи пріобрѣтетъ отъ послѣдняго его ипотечное требованіе. И даже болѣе, думали принудить кредитора къ цессіи или избавить должника отъ необходимости цессіи и довольствоваться одной квитанціей ипотечнаго кредитора для полученія собственникомъ-должникомъ всѣхъ правъ ипотечнаго кредитора. Но такъ какъ это было уже слишкомъ широкимъ толкованіемъ права Anh. § 52, то министръ юстиціи вошелъ 15 сент. 1823 г. съ представленіемъ объ этомъ вопросѣ къ королю. Король повелѣлъ передать вопросъ на обсужденіе госуд. совѣта. Въ госуд. совѣтѣ мнѣнія раздѣлились даже по вопросу о томъ, имѣетъ ли вообще должникъ право, удовлетворивъ ипотечнаго кредитора, распоряжаться и впредь ипотекой, и не признать ли скорѣе тутъ ипотеку погашенной? Министръ юстиціи высказался за сохраненіе за собственникомъ-должникомъ права на дальнѣйшее распоряженіе ипотекой въ данномъ случаѣ. Это мнѣніе въ концѣ-концовъ восторжествовало въ виду тѣхъ соображеній, что тутъ дѣло идетъ не столько о теоріи римскаго права, сколько о прусскомъ законодательствѣ и существующемъ уже ипотечномъ режимѣ, что этотъ режимъ рѣзко отличаетъ личное право требованія отъ ипотечнаго права, что по прусскому праву публичная ипотека гораздо болѣе приближается къ собственности, чѣмъ къ римскому залогу, она есть скорѣе часть собственности, ограниченная высотою извѣстной денежной суммы, при чемъ личное требованіе отступаетъ больше на задній планъ, что землевладѣльцамъ было бы очень затруднено привлеченіе къ землевладѣнію капитала, который становится все болѣе необходимымъ для сельскохозяйственной промышленности, если бы ихъ лишили права

---

[1]) Это мнѣніе комиссіи отъ 30 іюля 1802 г. дословно отпечатано у Graeff, Sammlung sämmtl. Vogen. XII, 33.

распоряженія ипотечными требованіями, уже удовлетворенными, но еще не погашенными по книгѣ,—напротивъ, послѣдующіе кредиторы получили бы отъ того выгоды, на которыя они не имѣютъ никакого правомѣрнаго притязанія, да, обыкновенно, и не расчитываютъ. И 37-ю голосами противъ 2-хъ госуд. совѣтъ высказался за мнѣніе министра юстиціи. На основаніи этого мнѣнія и послѣдовала отъ 3 апр. 1824 г. Allerh. Kab.-Ordre (или Declaration): „Собственникъ участка, удовлетворившій ипотечнаго кредитора и не погасившій ипотечнаго требованія по книгѣ, въ силу одной квитанціи получаетъ всѣ права цессіонарія ипотеки". Это мнѣніе должно было дополнить указанный Anhang § 52 къ ALR. I 16, § 484 [1]).

Эти два законодательныхъ акта, провозгласившіе, въ отвѣтъ на требованія жизни, начало ипотеки собственника какъ обыденное явленіе, наносили новый и серьезный ударъ теоріи акцессорной ипотеки Ландрехта.

Эмансипація публичной ипотеки отъ акцессорнаго положенія въ отношеніи личнаго требованія, получившая опору въ этихъ законодательныхъ мѣрахъ, продолжалась затѣмъ путемъ министерскихъ рескриптовъ и слѣдовавшей за послѣдними судебной практики, для которой рескрипты имѣли обязательную силу. Такъ, рескриптъ 15 авг. 1837 г. [2]) объявляетъ: „отдѣленіе права ипотеки отъ первоначальнаго личнаго главнаго требованія вполнѣ допускается прусскимъ правомъ, и тогда право ипотеки продолжаетъ существовать какъ самостоятельное право требованія на заложенный участокъ". Рескриптъ отъ 16 іюля 1836 г. [3]) допускаетъ, что собственникъ, удовлетворившій ипотечнаго кредитора, можетъ записать ипотеку на свое имя. Рескриптъ отъ 22 дек. 1840 г.[4]) признаетъ за собственникомъ право записать ипотеку на свое имя съ самаго начала. Рескриптъ отъ 9 мая 1840 г.[5]) допускаетъ въ видѣ частной консеквенціи изъ начала самостоятельности ипотеки—давность личнаго требованія, отдѣльную отъ давности ипотечнаго требованія, такъ какъ болѣе не представляется надобности въ защитѣ личнаго требованія отъ давности въ интересахъ ипотечнаго требованія; другими словами, рескриптъ допускаетъ освобожденіе должника по давности отъ личнаго требованія при сохраненіи за кредиторомъ вещнаго ипотечнаго права на заложенный участокъ, каковое право выступаетъ теперь самостоятельнымъ.

Судебная практика сначала обнаруживала колебанія, насколько распространительно толковать Anh. § 52. Въ 30 хъ гг. на вопросъ, можетъ ли ипотечный кредиторъ распоряжаться безъ согласія послѣдующихъ кредиторовъ мѣстомъ (locus), когда записанный на этомъ мѣстѣ кредиторъ отказался отъ ипотеки, не отказываясь отъ личнаго требованія, судъ высказался отрица-

---

[1]) У Graeff XII, 40 стр.
[2]) Graeff, 20.
[3]) Min. der Landw., Denkschrift. 1867, стр. 156.
[4]) Just.-Min. Bl. 1841, стр. 27.
[5]) I.-M -Bl. 173 стр.

тельно, держась въ этомъ случаѣ начала акцессорной природы ипотеки и признавая за послѣдующими кредиторами право оспариванія полномочія собственника на распоряженіе мѣстомъ ипотеки (locus). Случай былъ, дѣйствительно, еще болѣе крайній, чѣмъ тѣ, которые имѣли передъ собою законодательная комиссія въ 1802 г. и госуд. совѣтъ въ 1823 г., такъ какъ теперь ипотека уже вовсе отдѣлялась отъ личнаго требованія. Но министръ юстиціи, мнѣніе котораго для суда было обязательнымъ въ области вопросовъ ипотечнаго режима, высказался и въ этомъ случаѣ за самостоятельный характеръ ипотеки и за право собственника на распоряженіе мѣстомъ, т. е. высказался за допущеніе ипотеки безъ всякаго личнаго требованія и даже безъ фикціи перехода вмѣстѣ съ ипотекой и личнаго требованія на должника, такъ какъ въ данномъ случаѣ и этого уже нельзя было фингировать [1]).

Но послѣ настойчивыхъ мѣръ со стороны министерства юстиціи, проникнутыхъ новыми идеями, и судебная практика пошла новой дорогой и даже дальше, чѣмъ министерство; такъ, она признала, между прочимъ, право собственника кредитора въ конкурсѣ на долю, которая приходится на его ипотеку изъ цѣны его же собственной недвижимости [2]). Другими словами, въ то время какъ министерскіе рескрипты и законодательные акты ограничивали содержаніе права ипотеки собственника больше чисто отрицательными функціями (ипотека защищала собственника отъ повышенія послѣдующихъ кредиторовъ и была правомъ вполнѣ покоящимся или дажѣ служила лишь открытымъ мѣстомъ, рангомъ котораго собственникъ могъ распорядиться), судебная практика наполнила ипотеку собственника положительнымъ содержаніемъ.

Нельзя сказать, чтобы эти наросты на правѣ ипотеки Ландрехта, выдвигавшіеся потребностями жизни, содѣйствовали уясненію правообразованія. И въ литературѣ того времени мы встрѣчаемъ не мало жалобъ на все растущую запутанность прусскаго права ипотеки, вредно отражающуюся на оборотѣ [3]). Въ тоже время литература относится съ полнымъ сочувствіемъ къ главнѣйшимъ нововведеніямъ, подчеркиваетъ фактъ, что современная ипотека идетъ путемъ, существенно отличнымъ отъ намѣченнаго римской догмой, и даже пытается разобраться въ новшествахъ и подвести итоги имъ, путемъ конструированія современной ипотеки [4]). Однако, конструкція дается довольно

---

[1]) См. Von****, Ist. die Hyp., nach Preuss. Recht, ein accessorisches, oder ein selbständiges dingliches Recht? Marienwerder. 1831. (Von**** оказывается Koch, см. Min. Landw., Denkschrift, 152 стр.).

[2]) Erk. v. I sept. 1838 (Iurist. Wochenschr., 801 стр.).

[3]) Von **** „Ist die Hypothek, nach Preuss. Rechte, ein accessorisches, oder ein selbständiges dingl. Recht?“ Marienwerder 1831; Pape, Entgegnung auf die von dem kön. Ober-Trib. in Berlin in seinen Rechtssprüchen aufgestellte Ansicht v. dem Wesen der H. nach Preuss. R. Berlin 1858; v. der Hagen, Die Hyp. des Eigenthümers. Arnsberg 1836 и мн. др. (см. у Hagen).

[4]) См. особ. v. der Hagen, цит. трудъ.

трубоватая и не заходитъ далѣе круга идей, намѣченныхъ законодательной комиссіей въ 1802 г. и Государственнымъ Совѣтомъ въ 1823 г. Такъ, самый видный теоретикъ того времени въ области современной ипотеки, родоначальникъ т. наз. Locus-Theorie, имѣвшій значительное вліяніе на умы того времени, v. der Hagen [1]) разсуждаетъ: „Въ теоріи ипотека все еще акцессорное право; но жизнь предприняла могучія измѣненія съ правомъ ипотеки, о которыхъ и не помышляли при изданіи дѣйствующаго права. По существу ипотека, собственно, уже обратилась въ самостоятельное право. Предметъ ипотеки — это переводъ цѣны вещи на кредитора; при чемъ эта цѣна отдается въ залогъ первому кредитору всецѣло, насколько это нужно для его удовлетворенія, а каждому послѣдующему кредитору — лишь настолько, насколько она не поглощена еще залогами въ пользу старшихъ кредиторовъ. Позднѣйшій кредиторъ потому не имѣетъ никакого притязанія на заложенную старшему кредитору долю цѣны; юридически та доля для него вовсе не существуетъ—для него существуетъ только излишекъ, на который, въ свою очередь, право старшаго кредитора не простирается. Такимъ образомъ, передъ каждымъ кредиторомъ отвѣчаетъ совершенно особый объектъ, который и выступаетъ особенно тотчасъ по реализаціи цѣны вещи". Еще рѣзче Locus-Theorie формулируется у Löher [2]): „Anhang zum LR. § 52 былъ прямымъ слѣдствіемъ природы вещныхъ правъ. Когда собственникъ одной половины участка пріобрѣтаетъ къ ней и другую, ничто не принуждаетъ его третировать имѣемое за одно, а не за двѣ половины. Только отъ него зависитъ, какъ долго соблюдать границу между частями и когда онъ вздумаетъ одну часть уступить 3-му лицу. Такъ точно и съ ипотечнымъ правомъ. При искусственномъ раздѣленіи собственности, которое возникаетъ вслѣдствіе обремененія недвижимости ипотеками, каждое право ипотеки обнимаетъ идеальную долю недвижимости, при чемъ цѣна доли равна цѣнѣ ипотеки. И насколько ипотека записана, настолько она является самостоятельнымъ вещнымъ правомъ, которое можетъ принадлежать одному или другому лицу. Она не исчезаетъ и тогда, когда держатель ея становится собственникомъ имѣнья. Только отъ собственника зависитъ тогда, хочетъ ли онъ уничтожить тѣ границы, которыми право ипотеки выдѣлено внутри его недвижимой собственности и хочетъ ли онъ допустить, чтобы та часть собственности, которая обнимается ипотекой, вернулась въ цѣлое его собственности на недвижимость".

Какъ ни искусственны были эти конструкціи (позднѣе онѣ пали), онѣ оказали услугу новому правообразованію тѣмъ, что подчеркивали разрывъ между современной ипотекой и римской [3]). А такъ какъ право ипотеки Ланд-

---

[1]) Цит. трудъ, стр. 283 и др.

[2]) System des Preuss. ALR. Paderborn 1852 стр. 129.

[3]) Кстати, замѣчу, что абсолютная Locus-Theorie, согласно которой собственникъ, какъ таковой, распоряжается отошедшей къ нему ипотекой (начало усвоено Мекленбургскимъ правомъ), въ противоположность относительной Locus-Theorie, согласно которой собственникъ распоряжается отошедшей къ нему ипотекой лишь какъ ипотечный кредиторъ, и нуждается, слѣд., въ сукцессіи ипотек (начало усвоено въ Прусскомъ законодательствѣ и имперскомъ

рехта было скомпановано изъ римскихъ и современныхъ мотивовъ, то оно и становилось все болѣе и болѣе предметомъ нападковъ со всѣхъ сторонъ.

VIII. Формальное право ипотечнаго режима кодификацій Фридриха В., въ свою очередь, заявляло себя многими неудобствами.

1. Крайнимъ неудобствомъ отличались ипотечныя свидѣтельства, представлявшія собою точную копію съ ипотечной книги и содержавшія массу ненужнаго матеріала, только обременявшаго дѣло и затруднявшаго стороны, желавшія выяснить изъ свидѣтельства настоящее правовое положеніе недвидвижимости [1]).

И вотъ скоро же по изданіи Ландрехта издается рядъ мѣръ, пытающихся по возможности упростить ипотечное свидѣтельство. Такъ, предписывается опускать въ ипотечномъ свидѣтельствѣ упоминаніе прежнихъ пріобрѣтательныхъ цѣнъ [2]), дозволяется изъ 3-й рубрики указывать, кромѣ соотвѣтствующаго поста, еще только сумму, сортъ монеты и величину %'а, безъ дальнѣйшихъ отмѣтокъ, изъ колонны „цессій", а послѣдующіе посты требуется указывать только въ общей ихъ суммѣ [3]), при корреальной ипотекѣ допускается вмѣсто ипотечнаго свидѣтельства относительно каждой недвижимости составлять общій аттестатъ [4]).

2. Обременительнымъ оказалось и требованіе спеціальнаго соизволенія собственника-должника на запись титула ипотеки въ ипотечную книгу. Но

уложенія),—встрѣчала сторонниковъ и позднѣе, въ лицѣ Дернбурга (Das Preuss HR) и Гирке (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches). Эти юристы вовсе не находили особыхъ теоретическихъ трудностей при конструированіи абсолютной Locus-Theorie, а въ то же время признавали ее и болѣе простой и менѣе искусственной, чѣмъ относительная Locus-Theorie, что́ и дѣлаетъ первую болѣе практичной и современной. Дернбургъ же вооружается противъ самаго пріема, что законодатель въ своемъ свободномъ творчествѣ считается для чего-то съ теоретическимъ догматизмомъ. Законодатель долженъ руководиться только соображеніями практическихъ потребностей времени, и не его дѣло разбираться въ тонкостяхъ теоретическаго догматизма. Напротивъ, теорія должна разбираться въ твореніяхъ законодателя. Однако, ни Дернбургъ ни Гирке не склонны конструировать ипотеку какъ право на опредѣленную и точно отграниченную долю цѣны недвижимости. Ипотека есть право на вещь, въ ея цѣновомъ моментѣ; иначе необъяснимы случаи, когда ипотека завѣдомо превышаетъ всю цѣну недвижимости; необъяснимы и другія правомочія ипотекарія, а главное,— цѣна вещи колеблется и зависитъ отъ массы конъюнктуръ... Все значеніе теоріи—Locus выражается скорѣе въ признаніи абсолютнаго начала формальнаго ранга ипотекъ, разъ присвоеннаго имъ, благодаря чему послѣдующія ипотеки принципіально не повышаются въ рангѣ, за погашеніемъ предшествующей ипотеки.

[1]) Изъ матеріаловъ къ ревизіи прусскихъ законовъ, предпринятой въ 20-хъ гг. 19 ст. мы узнаемъ, что ипотечныя свидѣтельства достигали иногда центнера вѣсовъ (106 Riess-379 Bogen). См. Ges-Revision, Pensum III Entwurf. Berlin. 1829 стр. 21, 22.

Легко себѣ представить, сколько нужно было положить труда, чтобы изучить эту библію и составить себѣ ясное представленіе о правовомъ положеніи недвижимости подъ угрозой, въ противномъ случаѣ, лишиться права ипотеки, вслѣдствіе наличности ея пороковъ, указываемой свидѣтельствомъ.

[2]) Publicandum v. 20 F. 1802 и Rescript v. 2 Mai 1804.

[3]) Rescr. v. 15 Mz. 1824.

[4]) Rescr. v. 15 F. 1813.

пока это требованіе упразднялось только частично, именно въ случаѣ установленія ипотеки въ обезпеченіе недоплаченной цѣны за пріобрѣтенную недвижимость [1]).

3. Непослѣдовательное проведеніе спеціалитета суммы, именно при кауціонныхъ ипотекахъ, отчасти замѣченное уже Ландрехтомъ (II 18 § 431: кауціонная ипотека на имущество опекуна записывается въ опредѣленной суммѣ), вновь исправляется для кауцій, записываемыхъ на имущество кассировъ [2]).

4. Ослабляются и строгія формы актовъ, предъявляемыхъ въ ипотечное установленіе. Такъ, уставъ 1783 г. требовалъ, чтобы довѣренность свидѣтельствовалась по крайней мѣрѣ судебнымъ комиссаромъ. Позднѣе засвидѣтельствованіе требуется лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда довѣритель неопытенъ въ законахъ настолько, что не можетъ написать просьбы [3]), а потомъ признается довѣренность вовсе ненужной, если просьба о записи покоится на удостовѣренныхъ документахъ [4]).

5) Наконецъ, цѣлый рядъ рескриптовъ озабоченъ изысканіемъ способовъ опредѣленія истинной цѣны недвижимости, т. к. указанные уставомъ способы оказались неудачными (им. указаніе сторонами пріобрѣтательной цѣны) [5]).

IX. Не осуществилось на практикѣ и начало записи всѣхъ реальныхъ правъ на недвижимости. Уже Entwurf zur Circulation—Vg v. 30 Dec. 1798 отмѣняетъ предписаніе Ландрехта о записи реальныхъ правъ на частныя недвижимости и вводитъ давность сервитутовъ. Gesetz-Commission въ Gutachten отъ 19 дек. 1798 г. шла противъ уступки. Но Bericht des Gross-Canzlers отъ 30 дек. 1798 г. доказывалъ невозможность всеисчерпывающей вотчинной системы въ виду массы работъ и издержекъ, требуемыхъ ею. И Vg v. 30 Dec. 1798 былъ санкціонированъ и перешелъ въ § 58 Anh. z. LR. Такимъ образомъ, въ ущербъ полноты свѣдѣній, даваемыхъ ипотечной книгой о правоотношеніи по недвижимости, вопросъ получилъ ту регламентацію, какую имѣлъ въ уставѣ 1783 (I § 50, 54) [6]).

Всѣ эти мѣры, пытавшіяся приноровить ипотечное право и режимъ кодификацій Фридриха В. къ измѣняющимся условіямъ жизни, вносили шаткость въ основы права и пріумножали источники права въ ущербъ ясности ихъ и удобопримѣнимости.

---

[1]) Rescr. v. 12 Mai 1823.

[2]) Vg. v. 14 Jan. 1813.

[3]) Vg. v. 19 Dec. 1894.

[4]) Rescr. v. 25 Juli 1811.

[5]) Законъ отъ 20 ф. 1802 г., рескрипты отъ 24 авг. 1784, 20 дек. 1792, 8 марта 1800, 1 мая 1804, 26 іюля 1806.

[6]) Всѣ эти мѣры находятся въ Gesetz-Revision, Pensum III, Entwurf 1829. m. I стр. 21, 22, 33, 34, 35, 66, 75.

РАЗДѢЛЪ II.

Баварія.

§ 77. Общая характеристика баварскаго ипотечнаго режима въ законѣ 1822 г.

I. Послѣ многочисленныхъ неудавшихся попытокъ введенія ипотечнаго режима на началахъ, обезпечивающихъ развитіе реальнаго кредита, и въ Баваріи послѣ Наполеоновскаго погрома, им.—въ 1819 г. былъ, наконецъ, выработанъ проектъ ипотечнаго права, матеріальнаго и формальнаго, и переданъ на обсужденіе 2-й камеры сословныхъ представителей. Правительственнымъ коммиссаромъ, которому было поручено провести проектъ въ этой камерѣ, выступилъ знаменитый баварскій юристъ Gönner, прославившій свое имя трудами по новому ипотечному праву. Отъ камеры же особенно дѣятельнымъ докладчикомъ выступилъ Aretin. Въ то время приходилось бороться за самыя основы современнаго ипотечнаго права, какъ публицитетъ и спеціалитетъ ипотеки, особенно въ Баваріи, гдѣ римское право пустило глубочайшіе корни.

Пренія камеры сословныхъ представителей отличаются живымъ интересомъ и вскрываютъ намъ мотивы и цѣли, руководившія дѣятелями при самомъ первоначальномъ проникновеніи въ свѣтъ новыхъ правовыхъ идей [1]).

Борьба велась между французскимъ типомъ ипотечнаго режима Наполеонова кодекса и германскимъ типомъ — твореній Фридриха В., права Австрійскаго уложенія и Landtafel—Patente. Юное народное представительство было больше исполнено сознаніемъ своихъ новыхъ политическихъ правъ, чѣмъ пониманіемъ мудреныхъ вопросовъ гражданскаго права. И вотъ, по разсмотрѣніи въ особой комиссіи талантливо составленнаго Гённеромъ правительственнаго проекта въ духѣ германскаго типа, комиссія камеры, подъ вліяніемъ слабыхъ доводовъ члена-докладчика Аретина, не упустившаго случая подѣйствовать на самолюбіе членовъ камеры, чтобы быть убѣдительнѣе, отвергла всецѣло правительственный проектъ и усвоила нелѣпый контръ-проектъ Аретина, составленный въ духѣ французскаго типа. Но Гённеру стоило немного труда, чтобы въ общемъ собраніи камеры опрокинуть доводы противника и увлечь за собою всю камеру силой своихъ убѣжденій [2]). Камера, въ концѣ-концовъ, все же внесла нѣсколько маловажныхъ измѣненій

---

[1]) Работы камеры отпечатаны въ нѣсколькихъ десяткахъ томовъ, подъ названіемъ „Verhandlungen der zweyten Kammer der Ständeversammlung des Köngr. Bayern. München 1819 и 1822.

[2]) См. продолжительныя пренія по поводу проекта въ Verhandlungen отъ 1819 г. томы: I, 114, V 339, XIII 317 и Verhandlungen отъ 1822 г. томы: III, 119, VI 3, X 354, XI 137. Кругъ идей, въ которомъ вращались пренія, очень сходенъ съ таковымъ же преній французскаго госуд. сов. при обсужденіи ипотечнаго режима Нап. кодекса.

въ правительственный проектъ, который въ новомъ видѣ и получилъ санкцію 1 іюня 1822 г. [1]).

II. Законъ создаетъ строго-ипотечную, а не вотчинную систему. Вотчинныя отношенія публикуются ипотечной книгой лишь для ипотечныхъ отношеній, но не для самихъ по себѣ. Въ частности, книжный собственникъ выступаетъ легитимированной персоной только въ ипотечномъ оборотѣ; запись пріобрѣтенія недвижимости для отношеній по собственности не имѣетъ никакого юридическаго значенія (§ 137 и др.). Созданіе вотчинной системы открыто откладывалось до изданія баварскаго гражданскаго уложенія (каковаго не послѣдовало).

Ипотечный режимъ закона 1822 г. вращается всецѣло въ кругѣ идей прусскаго устава 1783 г. и Ландрехта 1794 г. Только онъ содержитъ улучшенія и развитіе тѣхъ идей, отчасти поскольку эти улучшенія и развитіе сказались и въ самой Пруссіи къ 1822 году, отчасти же поскольку необходимость ихъ была сознана самостоятельно солидными баварскими юристами, какъ Гённеръ. Законъ регулируетъ не только формальное (т. II), но и матеріальное ипотечное право (т. I).

1. Право ипотеки законъ 1822 г. опредѣляетъ въ римскомъ духѣ, но вноситъ въ регламентацію романизованной ипотеки тѣ же поправки, вытекающія изъ публицитета ея, которыя намъ уже извѣстны изъ прусскаго права. Ипотека, матеріально акцессорная, возводится формализмомъ ипотечнаго режима на извѣстную степень самостоятельнаго права, независимаго въ своемъ существованіи отъ бытія негласнаго личнаго долгового отношенія, ею обезпечиваемаго [2]). Но по баварскому праву кредиторъ уже вовсе не связанъ предварительнымъ направленіемъ взысканія на заложенную недвижимость, и имѣетъ свободный выборъ между залоговымъ и личнымъ искомъ [3]). Тѣмъ не менѣе, ипотека баварскаго закона 1822 г. конструируется позднѣе въ извѣстномъ уже намъ германистическомъ духѣ, какъ Realobligation [4]).

---

[1]) Недурное изданіе этого закона принадлежитъ Karl Gütl, Hyp.-Ges. für d. Köngr. Bayern v. 1 Juni 1822. Nordlingen 1880. Лучшую новѣйшую обработку представляетъ Regelsberger, Das bayer. HR. Изъ прежнихъ работъ классической является Gönner, Kommentär zum HG, v. 1822.

[2]) § 1 и 2 въ связи съ §§ 25, 26.

[3]) § 49.

[4]) Regelsberger, Das Bayer. HR. § 10, особ. стр. 36. Основаніемъ для такой конструкціи служатъ Регельсбергеру слѣдующіе §§ закона 1822 г. § 49: „Der Gläubiger erlangt durch die Hyp. das dingliche Recht, die Befriedigung seiner Forderungen aus der dafür bestimmten Sache zu verlangen"; § 51: „Vermöge der dinglichen Klage kann der Gläubiger verlangen, aus der Sache, worauf er die Hypothek erworben hat, befriedigt oder zu seiner Befriedigung sogleich in den Besitz und Genuss der Sache nach den gesetzlichen Vorschriften eingesetzt zu werden"; § 54: „Das Gut, worauf eine Hyp. eingetragen ist, haftet dem Gläubiger für seine Befriedigung auch alsdann, wenn es sich in den Händen eines andern Besitzers befindet, und dieser ist, selbst im Falle eines redlichen Besitzes, verbunden, die Hyp.-Forderung, soweit sie dem § 42 gemäss auf der Sache haftet, zu bezahlen oder dem Gläubiger das hypothezirte Gut abzutreten, damit er aus den Früchten

2. Законъ вводитъ институтъ открытаго мѣста для будущей ипотеки, служащій цѣли, достигаемой ипотекой собственника, но отличный по содержанію отъ послѣдняго института и, въ общемъ, менѣе дѣйствительный, а на практикѣ приводящій нерѣдко къ большой запутанности отношенія. Въ то время, какъ ипотека собственника является настоящей ипотекой, лишь ограниченной въ отношеніи своей осуществимости (собственникъ-ипотекарій не можетъ осуществлять противъ самого себя ипотечнаго иска), а нерѣдко даже заявляющей себя въ конкурсѣ тѣмъ, что собственникъ ипотекарій получаетъ на свою ипотеку причитающуюся на послѣднюю долю цѣны недвижимости,—открытое мѣсто вовсе не является ипотекой; при ней собственникъ пользуется лишь формальнымъ рангомъ, подъ которымъ онъ и можетъ установить ипотеку лишь въ будущемъ. И тутъ собственникъ дѣйствуетъ не какъ ипотекарій, а какъ собственникъ (§ 150).

3. Законъ усвоилъ и начало, что ипотека, соединившись въ одномъ лицѣ съ собственностью на недвижимость, не гаснетъ, и собственникъ въ правѣ установить на ея мѣсто новую ипотеку. Но дальше этого законъ не пошелъ, и права собственника на полученіе, въ конкурсѣ, на свою ипотеку доли цѣны недвижимости не призналъ (§ 84).

4. Начало публицитета ипотечной книги и пріоритета проводится закономъ съ большей послѣдовательностью, чѣмъ прусскимъ правомъ, тоже— и начало спеціалитета суммы и объекта ипотеки; легалитетъ усвоенъ умѣренный; онъ не вырождается въ опеку власти надъ подданными, а ограничивается обязанностью суда изслѣдовать внѣшнія условія правомѣрности дѣйствій сторонъ (§ 11 и др., 105 и др. также Ges. v. 1 Juni 1822, die Prioritätsordnung betreffend).

5. Формальное право ипотечнаго режима въ законѣ проще и болѣе отвѣчаетъ требованіямъ оборота, чѣмъ въ прусскомъ правѣ (т. II).

6. Въ общемъ же законъ стоитъ въ регламентаціи ипотеки всецѣло на почвѣ прусскаго права,—превосходя послѣднее въ техническомъ отношеніи.

Позднѣе право ипотеки закона 1822 г. потерпѣло незаслуживающія въ общемъ очеркѣ дополненія и измѣненія [1]). Когда въ 60-хъ годахъ въ Баваріи приступили къ обработкѣ баварскаго гражданскаго уложенія, ипо-

---

oder der Substanz der Sache befriedigt werde"; § 56: „Die Haftung des dritten Besitzers für sämmtliche eingetragene Hypotheken und vorgemerkte Forderungen erstreckt sich nicht weiter, als das Gut zu ihrer Befriedigung hinreicht. Er kann sich daher von allen Ansprüchen dieser Gläubiger befreien, wenn er ihnen das Gut abtritt; es wäre denn dasz er diese Schulden besonders übernommen hätte, in welchen Falle er für die übernommenen Forderungen als Schuldner auch mit seinem übrigen Vermögen haften muss, und von den Gläubigern mit einer persönlichen Klage belangt werden kann". И здѣсь мы имѣемъ не менѣе и не болѣе данныхъ въ пользу построенія современной ипотеки, какъ Realobligation, чѣмъ въ кодексѣ Наполеона и Прусскомъ Ландрехтѣ.

[1]) Они указаны у Gütl, въ цит. изданіи. Здѣсь заслуживаетъ упоминанія приведеніе ипотечнаго режима въ связь съ кадастромъ, по закону 15 авг. 1828 г. § 7, 10—20 (см. Regelsberger, стр. 11).

течный режимъ предполагалось замѣнить вотчиннымъ и развить сообразно потребностямъ времени и опыту сосѣднихъ странъ. Но дѣло изданія уложенія затянулось; а когда на очередь сталъ вопросъ объ изданіи имперскаго гражданскаго уложенія, то законодательная дѣятельность и вовсе замерла въ Баваріи, какъ и въ другихъ германскихъ странахъ [1]).

РАЗДѢЛЪ III.

Саксонія.

§ 78. Общая характеристика саксонскаго ипотечнаго режима въ законѣ 1843 г. и уложеніи 1864 г.

I. Послѣ разгрома Саксоніи Наполеономъ, саксонское законодательство приступаетъ къ рѣшительной обработѣ ипотечнаго режима, призываемаго поднять кредитный оборотъ. Начало реформаціоннаго движенія положилъ Decret v. 20 Nov. 1817, которымъ открывались подготовительныя работы по реформѣ ипотечнаго права. Но только въ 1829 г. изъ подготовительныхъ работъ вышло 2 важныхъ Mandate v. 4 Juni 1829, изъ которыхъ одинъ отмѣнилъ ограниченіе ипотекъ суммой, составляющей извѣстную долю цѣны недвижимости, и ввелъ рядъ общихъ облегченій на случай установленія ипотеки, напр. отмѣнилъ условіе испрошенія соизволенія леннаго господина на установленіе ипотеки [2]), а другой отмѣнилъ окончательно институтъ молчаливыхъ ипотекъ [3]).

Но полную и рѣшительную общую реформу и систематическую обработку вотчиннаго права внесъ въ Саксоніи „Gesetz, die Grund u. Hyp.-Bücher u. das H.-Wesen betreffend“ v. 6 Nov. 1843 [4]), образовавшій собою, за ничтожными измѣненіями, и вотчинно-ипотечный режимъ саксонскаго гражданскаго уложенія 1864 г.

II. Законъ 6 ноября 1843 г. и Саксонское уложеніе 1864 г. создаютъ вотчинную систему, а не только ипотечную.

1. Формальное и матеріальное ипотечное право обработаны въ Саксоніи подъ огромнымъ вліяніемъ баварскаго права закона 1822 г., хотя уложеніе и усваиваетъ новыя идеи, какъ онѣ выяснились ко времени его обработки въ Пруссіи. Такъ, при сліяніи ипотеки и собственности въ рукахъ одного лица, собственникъ можетъ переписать ипотеку на свое имя. Въ общемъ же и цѣломъ Саксонское право ипотеки не выходитъ изъ круга идей прусскаго права кодификацій Фридриха В. и баварскаго закона 1822 г. [5]).

---

[1]) Regelsberger, eod.

[2]) Francke, die Ges.-Geb. des Kgr. Sachsens. Leipzig 1884. I, 132.

[3]) Siegmann, Das kögr. Sächs. HR., стр. 6.

[4]) Находятся въ Ges. u. VO.-Blatt f. Sachsen за 1843 стр. 183 и сл. Новѣйшая обработка его дана Siegmann, Das Köngr. Sächsische HR.

[5]) Однако, Siegmann категорически отказывается признать ипотеку закона 1843 г. за Realobligation, и рѣшительно держится романистическаго взгляда на нее. Опорой Зиг-

2. Но право собственности организовано въ Саксоніи на послѣдовательно проведенномъ германскомъ началѣ Auflassung. Традиція открыто отвергнута (§ 276 Уложенія). Auflassung представляетъ конкретную сдѣлку, предполагающую правооснованіе пріобрѣтенія собственности. На томъ же началѣ Auflassung построено и пріобрѣтеніе реальныхъ повинностей (§ 512) и личныхъ сервитутовъ (§ 647). Публицитету подчинены, однако, не всѣ вещныя права, а только важныя экономически; отсюда, реальные сервитуты ему не подчинены (Законъ 1843 г. § 2, 3, 14—17; Siegmann, 18 стр.).

Въ такомъ видѣ саксонскій вотчинно-ипотечный режимъ просуществовалъ до введенія въ Саксоніи имперскаго уложенія, безъ значительныхъ измѣненій [1]).

РАЗДѢЛЪ IV.

Мекленбургъ.

§ 79. Общій очеркъ Мекленбургскаго ипотечнаго права въ уставахъ первой половины 19 ст.

I. Въ началѣ 19 ст. и въ Мекленбургѣ реальный кредитъ былъ глубоко поколебленъ войною. Правительство было вынуждено помочь задолженному землевладѣнію общей отсрочкой долговъ. Сначала отсрочка дана была на 1 годъ [2]). Потомъ она возобновлялась нѣсколько разъ [3]). А въ 1812 г. она была продолжена на неопредѣленное время [4]). Лишь Vg. v. 19 Apr. 1826 отмѣняетъ индультъ [5]), и то не вполнѣ; частично (§ 1—13) индультъ сохраняетъ свое дѣйствіе по Notification v. 13 Mai 1828 [6]). И только Notification v. 3 Apr. 1834 [7]) окончательно отмѣняетъ индультъ во всѣхъ его частяхъ.

Тотчасъ же съ отмѣной исключительной мѣры и возстановленіемъ нормальнаго правового состоянія кредитныхъ отношеній заявила себя и потребность въ усовершенствованіи ипотечнаго права, и прежде всего для рыцар-

---

ману служило, отчасти, самое право. Въ то время какъ законъ 1843 г. еще допускаетъ неточность выраженія, очевидно, не подозрѣвая, что на ней будутъ строить германисты свою Realobligation (§ 87 и 88 закона 1843 г. говорятъ о Haftung des dritten Besitzers für die Schulden des Grundstücks), Уложеніе 1864 г., вышедшее въ эпоху націоналистическихъ увлеченій теоріи, выражается уже осторожнѣе, отнимая почву у восторженныхъ германистовъ (§ 430: „Der Beklage kann die Pfandklage abwenden, wenn er dem hypothekarischen Gläubiger volle Befriedigung wegen der Forderung leistet, für welche das Pfand haftet").

[1]) Маловажныя измѣненія указаны у Francke, Die GG. des Köngr. Sachsen. Leipzig 1884 I, стр. 453, 679, 743, 812, II, стр. 31, 181 и друг.

[2]) VG. v. 13 Dz. 1806 (Raabe II, 464).

[3]) Vg. v. 12 Dz. 1807, Vg. v. 24 Dz. 1808 (Raabe VI, 65).

[4]) Vg. v. 10 Jan. 1812 (Raabe II, 465). Толкованіе индульта въ Vgen v. 10 Jan. 1812, 26 F. 1812, 21 Aug. 1812 (eod).

[5]) Raabe II, 469.

[6]) Eod.

[7]) Raabe II, 24.

скихъ имѣній. Тогда то и перешли къ организаціи ипотечнаго режима на началахъ публицитета и спеціалитета.

Вслѣдствіе политическихъ условій (различные пути законодательствованія) и не одинаковой потребности въ реформѣ, испытываемой землевладѣніемъ разныхъ категорій, законодательство пошло своеобразнымъ путемъ отдѣльнаго регулированія ипотечнаго режима для 3-хъ различныхъ категорій землевладѣнія: рыцарскаго, городского и крестьянскаго (доменнаго). Уже одно это приноровленіе права къ специфическимъ особенностямъ каждой категоріи землевладѣнія сулило успѣхъ Мекленбургскому праву.

1. Ближайшимъ поводомъ къ урегулированію ипотечнаго дѣла дворянскихъ имѣній послужило основаніе въ 1818 г. дворянскаго кредитнаго общества [1]). Предполагавшееся при основаніи общества урегулированіе ипотечнаго режима для дворянскихъ имѣній совершилось съ большой поспѣшностью въ Hyp.-Og. für die ritterschaftlichen Landgüter, опубликованномъ для Мекленбургъ-Шверина 12 ноября 1819 г., для Мекленбургъ-Стрелица 22 ноября 1819 г. [2]). Ипотечный уставъ 1819 г. для рыцарскихъ имѣній Мекленбурга (RHO) представляетъ собою свободное подражаніе Прусскому уставу 1783 г. Уставъ представляетъ чисто ипотечную систему и не затрогиваетъ ни отношеній собственности, ни иныхъ вещныхъ правъ на дворянскія имѣнія, насколько это не относится до ипотечнаго оборота. Ипотечное право поставлено въ немъ въ связь съ кадастромъ 1755 г. Уставъ отличается отъ прусскаго общей простотою организаціи режима, краткостью и общностью своихъ предписаній, оставляющей широкій просторъ практикѣ. Въ частности, онъ отвергаетъ прусскій легалитетъ, сводя послѣдній къ необходимой провѣркѣ чиновникомъ внѣшнихъ условій дѣйствительности правоотношенія, подчиняемаго режиму.

Однако, Мекленбургскій рыцарскій уставъ 1819 г. производитъ впечатлѣніе крайне спѣшнаго дѣла, мало развитаго и обработаннаго, во многомъ неяснаго права, характеризуемаго всѣми чертами перваго опыта.

2. Поводомъ къ реформѣ ипотечнаго режима для городского владѣнія послужила отмѣна генеральнаго индульта въ 1826 г. [3]). Въ Vg. v. 16 Apr. 1828 г. [4]) магистраты внутреннихъ и приморскихъ городовъ получаютъ порученіе изготовить реэстры для городовъ и областей о всѣхъ имѣніяхъ въ городѣ и городской области, а равно и планъ городскихъ участковъ и городскихъ полевыхъ земель, чтобы, такимъ образомъ, выработать твердыя основы для организаціи вотчинно-ипотечнаго режима. Городамъ предоставляется выборъ между болѣе или менѣе точной кадастровой основой для ипотечнаго режима.

За этими подготовительными работами и появился Stadtbuch-Og., опу-

---

[1]) Meibom, Das Meckl. HR., 14 стр.
[2]) Raabe II, 83, Meibom, 15.
[3]) Meibom, 15 стр.
[4]) Raabe II, 31.

бликованный въ Мекл.-Шверинѣ 22 дек. 1829 г.[1]), въ Мекл.-Стрелицѣ 6 янв. 1830 г.[2]) STBO. не ограничивалась ипотечнымъ дѣломъ, а создавала вотчинно-ипотечную систему. Она многое восприняла изъ исконнаго, отъ среднихъ вѣковъ идущаго городского обычнаго права, какъ это мы увидимъ позднѣе [3]).

3. Мелкое сельское землевладѣніе получило ипотечный режимъ, организованный на болѣе скромныхъ и упрощенныхъ началахъ. Частное владѣніе въ доменахъ получило въ Мекл.-Стрелицѣ HOg. v. 24 Mz. 1832 г., подражавшій Stadtbuch-Og. [4]); въ Мекленбургъ-Шверинѣ вплоть до 2 янв. 1854 г. ипотечный оборотъ сельскихъ владѣній покоился на Vg. v. 12 Mz. 1814, еще не знакомомъ съ современными началами ипотечнаго устройства; и только 2 янв. 1854 г. тамъ былъ введенъ Domanial-HOg. на началахъ публицитета и специалитета [5]).

4. По мѣрѣ того, какъ реформа ипотечнаго права обходила разныя категоріи землевладѣнія, основы ипотечнаго режима развивались и право совершенствовалось. И это усовершенствованіе вызывало сначала частичныя улучшенія прежняго права въ формѣ новеллъ, а потомъ и коренную ревизію старѣющихъ первыхъ опытовъ. Такъ, публикація StBO. вызвала новеллу къ RHO. отъ января 1830 г.[6]). Публикація StBO. для автономнаго города Висмара въ 1838 г. 23 ф. вызвала новеллу къ StBO. отъ 16 ф. 1838 г.[7]).

Позднѣе предпринимается коренная реформа ипотечныхъ уставовъ, вышедшихъ въ первой половинѣ 19 ст.

а) Уже въ ландтагѣ 1842 г. зашла рѣчь о пополненіи рыцарскаго ипотечнаго устава 1819 г. Послѣ обсужденія представителями сословій характера реформы, рыцарскій уставъ былъ пересмотрѣнъ и 8 окт. 1848 г. былъ опубликованъ въ обоихъ Мекленбургахъ дословно сходно [8]). Revidirte RHO. отличается крайней смѣлостью замысла. Онъ остается дѣйствующимъ ипотечнымъ правомъ рыцарскихъ имѣній вплоть до введенія въ Мекленбургѣ имперскаго уложенія.

в) Въ 1855 г. магистраты главныхъ городовъ—Güstrow и Parchim,—къ которымъ примкнулъ и магистратъ Ростокка, ходатайствовали о пополненіи StBO. 1829 г. пятью пунктами, усвоенными RRHO. 1848 и DHO. 1854 гг. Но правительство предпочло предпринять обширную ревизію StBO, которая внесла бы въ городской ипотечный уставъ какъ новшества 2-хъ ука-

---

[1]) Raabe II, 32.

[2]) Meibom, 16 стр.

[3]) О распространеніи устава на вольные города см. Meibom, 16 стр.

[4]) Meibom, 17.

[5]) Raabe II, 269 стр. О частномъ землевладѣніи на земляхъ монастырей и рыцарскихъ у Meibom, стр. 17—21.

[6]) Raabe II, 109.

[7]) Raabe II, 49.

[8]) Raabe V, 251. Ср. Meibom, 25.

занныхъ уставовъ, такъ и новшества новеллы къ StBO отъ 1838 г. Проектъ пересмотрѣннаго StBO былъ представленъ ландтагу въ 1856 г. Ландтагъ принялъ проектъ, и законъ былъ опубликованъ для Мекленбургъ-Шверина 21 дек. 1857 г. [1]).

c) Право ревизованныхъ уставовъ, какъ равно и DHO. 2 янв. 1854 г. позднѣе получили развитіе путемъ отдѣльныхъ законодательныхъ мѣръ, которыя, въ общемъ, не имѣютъ принципіальнаго значенія [2]).

II. Право собственности и другія вещныя права на недвижимости урегулированы тамъ, гдѣ они привлекаются къ режиму, им. въ городскихъ уставахъ, на новыхъ началахъ публицитета и спеціалитета, и съ уваженіемъ къ исконнымъ городскимъ обычаямъ, датирующимъ изъ ср. вв.

„Собственность на городскія недвижимости, уже по § 372 des Landes-Vergleiches, можетъ перейти только путемъ Verlassung zu Stadtbuch, говоритъ § 8 StBO. v. 22 Dz. 1829, и это не требуетъ никакой традиціи". По сдѣлкамъ между живыми Verlassung можетъ послѣдовать только на основаніи открытаго волеизъявленія уступщика о томъ, что онъ передаетъ (auflasse) свою собственность новому пріобрѣтателю, и послѣдняго,—что онъ принимаетъ собственность (§ 9). Повидимому, Auflassung выступаетъ въ мекленбургскомъ правѣ, въ противоположность саксонскому праву, какъ абстрактный вещный договоръ; на это указываетъ не только умолчаніе городского вотчиннаго устава о необходимости предъявленія въ вотчинное установленіе акта личной сдѣлки объ отчужденіи, но и общее начало мекленбургскаго вотчинно-ипотечнаго права, извѣстное подъ именемъ Konsensprinzip, согласно которому измѣненіе правъ происходитъ на основаніи простого волеизъявленія управомоченнаго. На совершеніе Verlassung легитимируется только книжный собственникъ. Наслѣдникъ заносится въ книгу по одностороннему требованію, доказавъ свое право наслѣдованія (§ 9).

Осуществленное въ порядкѣ Verlassung пріобрѣтеніе собственности правомѣрно и неоспоримо при всякихъ условіяхъ (§ 10). Если пріобрѣтеніе такого рода нарушитъ чье-либо право собственности 3-го лица, лучшее, чѣмъ право уступщика собственности, то пріобрѣтеніе это можетъ быть оспорено 3-мъ интерессентомъ только противъ того лица, которое вытѣснило его, а также противъ наслѣдниковъ послѣдняго, но никоимъ образомъ не противъ позднѣйшаго пріобрѣтателя,—развѣ что послѣдній дѣйствовалъ злонамѣренно (§ 10).

По исконному обычаю, актъ отчуждательной сдѣлки вывѣшивается въ теченіе 6 недѣль до совершенія Verlassung въ городской ратушѣ на особой доскѣ. Этотъ способъ публикаціи совершается въ строго опредѣленные дни въ году, именно: первые вторники февраля, мая, августа и ноября. Этимъ облегчается справка для всѣхъ землевладѣльцевъ объ оборотѣ недвижимостей.

---

[1]) Meibom, 23 стр.

[2]) Указаны у Meibom 24, 28 и слѣд. стр. Текстъ всѣхъ перечисленныхъ уставовъ находится у Raabe, въ указанныхъ уже нами мѣстахъ его изданія. Лучшая обработка Мекл. ип. права принадлежитъ Meibom, Das Mecl. HR.

Но, сверхъ того, еще допускаются публикаціи въ газетахъ и оглашеніе въ городѣ (§ 11).

Каждый владѣлецъ и универсальный сукцессоръ обязываются требовать совершенія Verlassung отъ отчуждателя въ теченіе 4 нед. по наступленіи правооснованія пріобрѣтенія недвижимости (§ 12).

Такъ тѣсно вотчинная система городскихъ уставовъ Мекленбурга примыкаетъ къ средневѣковому германскому праву; причина кроется и въ патріархальности быта мекленбургскихъ городовъ.

Не удивительно, что въ эпоху крайняго развитія національнаго сознанія въ Пруссіи реформаторы-юристы обращаются къ мекленбургскому праву за національными правовыми организаціями.

III. Право ипотеки обработано въ мекленбургскихъ уставахъ съ особенной смѣлостью, что объясняется отчасти, какъ это ни покажется страннымъ, простотою жизненныхъ отношеній въ Мекленбургѣ, при которой осуществленіе смѣлыхъ замысловъ встрѣчаетъ меньше затрудненій въ сложности бытовыхъ отношеній [1]).

Въ то время, какъ вообще мекленбургскіе уставы не допускаютъ на книжную ипотеку возраженій изъ негласнаго личнаго требованія, для чего исключаютъ отъ записи указаніе на основаніе ипотечнаго требованія [2]) и впервые въ современной Германіи полагаютъ въ основу производства записи ипотекъ принципъ консенза, или абстрактнаго волеизъявленія управомоченнаго на установленіе ипотеки, — лучшіе мекленбургскіе уставы [3]) уже прямо провозглашаютъ начало самостоятельности ипотеки, т. е. отрѣшенности и независимости ея отъ какого-либо личнаго требованія. Мекленбургская ипотека является самостоятельнымъ вещнымъ бременемъ на участокъ, въ силу котораго управомоченный имѣетъ право на извлеченіе изъ участка суммы ипотечнаго бремени, конечно, въ порядкѣ экзекуціи на обремененный участокъ. Въ жизни, конечно, и самостоятельная ипотека можетъ быть избрана, какъ обезпеченіе какого-либо личнаго отношенія, но право будетъ третировать ипотеку теперь уже не какъ зависимую по природѣ своей отъ личнаго требованія, а какъ саму изъ себя черпающую свои жизненныя силы, и мы будемъ имѣть тутъ не акцессорное, а скорѣе солидарное отношеніе.

---

[1]) См. ниже.

[2]) RRHO § 12, RSt.BO § 13.

[3]) RRHO § 16: „...werden durch die Eintragungen keine blosse Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung der die Eintragung Beantragenden vielmehr selbständige dingliche Belastungen des Guts existent. Der Antrag auf Eintragung ist durch eine solche persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr solcherhalb Alles einer Vereinbarung der Betheiligten überlassen. Ein späterer Eigenthümer des Guts ist als solches für seine Person nicht verhaftet". Ср. еще R. St. B. O. § 19. Чтобы подчеркнуть идею, что ипотека есть строго вещное бремя на имѣніе, еще RHO 1829 г. § 38 открыто провозглашаетъ, что самая ипотечная книга принадлежитъ имѣнію, а не лицу собственника. Но это, конечно, не означаетъ персонификаціи недвижимости, какъ послѣднюю хотѣли приписать современной организаціи ипотечнаго режима нѣкоторые юристы.

Отрѣшеніе ипотеки отъ личнаго требованія предпринимается въ Мекленбургѣ уже рѣшительнѣе, чѣмъ гдѣ-либо, и впервые въ Германіи. И это дѣлается исключительно въ цѣляхъ вѣрности ипотечнаго оборота и упрощенія кредитной организаціи; подсказывается это опытомъ какъ самого Мекленбурга, такъ, несомнѣнно, и сосѣдней Пруссіи, гдѣ въ то время уже возникло движеніе въ сторону самостоятельности ипотеки, и для этого строились даже неудачныя конструкціи обновленной ипотеки. Мекленбургское право только и дѣлаетъ то, что завершаетъ движеніе къ самостоятельности ипотеки, къ отрѣшенію ея отъ личнаго требованія и превращенію въ самостоятельное бремя на участокъ, поражающее цѣновую сторону вещи, и этимъ отличающееся отъ прочихъ такихъ же строго вещныхъ правъ,—движеніе, которое началось всюду съ самой формализаціей ипотечнаго права. И сущность ипотеки, какъ она выступаетъ въ Мекленбургскихъ уставахъ, старая; уставы выражаютъ даже съ большей точностью, чѣмъ гдѣ-либо, идею, что ипотека есть строго вещное право, при которомъ никакому лично-долговому моменту нѣтъ и мѣста [1]). И тѣмъ не менѣе, именно съ самостоятельной Мекленбургской ипотеки въ теоріи начинается движеніе къ признанію ипотеки за Realobligation, Realschuld, Reallast, Grundschuld. Поводомъ къ этому движенію, кромѣ новизны явленія, не укладывавшагося въ римскія рамки и напрашивавшагося на толкованіе его въ старо-германскомъ духѣ, служило и отсутствіе при самостоятельной ипотекѣ долговаго момента въ лицѣ кредитной сдѣлки, а между тѣмъ бытовое воззрѣніе привыкло, чтобы въ организаціи, служащей дѣлу кредита, какъ-нибудь да выступалъ моментъ долга; наконецъ, по-старому, не могли понять, чтобы строго-вещное право на участокъ было одарено способностью къ востребованію, чтобы при немъ текли %-ы, чтобы оно было преходящимъ.

И вотъ одинъ изъ горячихъ сторонниковъ взгляда на современную ипотеку какъ на Realobligation, Meibom влагаетъ въ слова мекленбургскихъ уставовъ неприсущій имъ смыслъ, будто они создаютъ не строго вещное право, а Realschuld, Reallast, Realobligation, гдѣ каждый собственникъ заложенной недвижимости отвѣчаетъ какъ таковой положительнымъ образомъ, уплатой ипотечнаго долга [2]). Однако и для Мекленбургской ипотеки, хотя она и самостоятельная, мы не имѣемъ ни историческихъ, ни практически-догматическихъ основаній для германистической конструкціи.

---

[1]) См. предш. цитату.

[2]) Сначала въ Jahrb. des gem. deutsch. R. за 1860 IV стр. 510, а потомъ въ Das Mecl. HR. стр. 33 и слѣд. Этотъ послѣдній трудъ принадлежалъ къ серіи трудовъ, которые въ своей совокупности должны были представить картину партикулярныхъ ипотечныхъ правъ важнѣйшихъ нѣмецкихъ странъ и носили общее названіе Deutsches Hypothekenrecht. Для отдѣльныхъ нѣмецкихъ странъ очерки современной ипотеки были выполнены отдѣльными выдающимися мѣстными юристами: баварское право — Регельсбергеромъ, прусское—Дернбургомъ, австрійское — Экснеромъ и т. д. Редакторомъ всей серіи трудовъ былъ Мейбомъ. Задачей труда было подчеркнуть особенности современной ипотеки отъ римской. Трудъ былъ отвѣтомъ на постановленіе одного изъ съѣздовъ нѣмец-

Исторически, какъ мы уже знаемъ, Мекленбургское право лишь завершило давно начавшийся процессъ отдѣленія ипотеки отъ личнаго требованія. Практически же въ строеніи ипотеки, какъ Realobligation, нѣтъ никакой надобности, и это намъ уже извѣстно. Напротивъ, именно переходныя стадіи, гдѣ ипотека могла существовать безъ личнаго требованія, когда послѣднее отпадало, доказывали намъ, что ипотека не нуждается въ перестройкѣ, ставъ самостоятельнымъ правомъ. Вѣдь не измѣнялось же существо ипотеки отъ того, что требованіе, ею обезпечиваемое, отпадало. Помогала же она тамъ и проявляла же всѣ функціи, требуемыя отъ нея, какъ отъ формы реал. кредита. Ипотечный кредиторъ при равенствѣ прочихъ условій не утрачивалъ ровно ничего въ своемъ положеніи, какъ ипотекарія, отъ того, что лично-долговое отношеніе его прекращалось или оказывалось оспоримымъ. Онъ не нуждался ровно ни въ чемъ сверхъ того, что имѣлъ, для того, чтобы извлечь изъ заложенной недвижимости опредѣленную цѣнность, своевременно получать %, своевременно совершить востребованіе ипотечнаго отношенія и т. д. И полное завершеніе этого движенія къ самостоятельности означало въ сущности лишь провозглашеніе за правило того, что въ переходное время было исключеніемъ. Отсюда, передъ правомъ и мекленбургская ипотека является съ той же римской сущностью (право на вещь въ ея цѣновомъ моментѣ), лишь въ интересахъ оборота облеченной въ неузнаваемую съ римской т. зрѣнія организацію самостоятельнаго права, отрѣшеннаго отъ всякаго обезпечиваемаго личнаго требованія; конечно, въ принципѣ, ибо на дѣлѣ и эта ипотека могла служить дѣлу обезпеченности, но то было уже для существа ипотеки юридически безразлично. Отсюда, лишь по бытовому воззрѣнію Мекленбургская ипотека содержитъ идею долга, но передъ правомъ она организуется безъ всякихъ признаковъ таковаго. Отсюда же выступаетъ съ полной ясностью и то, что ипотека и вотчинный долгъ, по существу, однородны, ибо вотчинный долгъ есть только самостоятельная ипотека.

Но если общая сущность мекленбургской ипотеки должна быть признана римской, то въ мекленбургской ипотекѣ мы видимъ и реставрацію забытой германской идеи: реальный кредитъ базируетъ исключительно на довѣріи къ недвижимости, какъ при Satzung, и кредитныя правовыя организаціи перестаютъ содержать какой-либо намекъ на долговое отношеніе, все-

кихъ юристовъ, состоявшагося въ эпоху расцвѣта національнаго движенія у нѣмцевъ въ 60-хъ годахъ и движенія ихъ къ объединенію. И вотъ эта тенденція труда, какъ и редакторское вліяніе Мейбома, имѣютъ своимъ послѣдствіемъ то, что и для другихъ странъ и другими юристами ипотека провозглашается за Realobligation: Регельсбергеромъ для баварскаго права, Дернбургомъ для прусскаго права. Лишь Экснеръ и Зигманнъ (для австрійскаго и саксонскаго права) удерживаются на точкѣ зрѣнія на ипотеку, какъ строго вещное право. Отсюда-то и получаетъ распространеніе новый взглядъ на ипотеку; такъ Sohm въ Grünhuts-Zeitschrift пытается подвести итоги новому теченію и т. д. Къ этому же взгляду присоединяется и Кассо. Замѣчу кстати, что, хотя новый взглядъ не остался безъ вліянія на законодателя того времени (прусскіе проекты 70-хъ г. г.), тѣмъ не менѣе Уложеніе отвернулось отъ него самымъ рѣшительнымъ образомъ, а Дернбургъ въ очеркѣ уложенія объявляетъ его недоразумѣніемъ (ниже).

цѣло выражаясь въ правѣ кредитора на одну т. залож. недвижимость; идея же долга сводится развѣ къ намѣренію сторонъ и къ бытовому воззрѣнію па ипотеку, какъ форму реальнаго кредита, ничѣмъ не выраженнымъ въ самой организаціи кредитнаго отношенія.

Для достиженія различныхъ тонкихъ цѣлей оборота, лучшіе мекленбургскіе уставы допускаютъ не только переписку ипотеки на имя собственника, когда ипотека возвращается къ послѣднему, но и установленіе ипотеки на имя собственника съ самаго начала. Вмѣстѣ съ тѣмъ уставы знаютъ и сохраненіе открытымъ мѣста въ ипотечной книгѣ для будущей ипотеки. И эти двѣ организаціи имѣютъ важныя правовыя различія, такъ какъ ипотека собственника есть возникшее право, лишь ограниченное въ своемъ дѣйствіи, тогда какъ открытое мѣсто есть только формальный знакъ, что въ будущемъ на этомъ мѣстѣ и съ этимъ рангомъ можетъ быть установлена ипотека.

Нѣкоторымъ уставамъ извѣстенъ строгій спеціалитетъ ипотеки въ отношеніи объекта, им. они не допускаютъ корреальной ипотеки.

Переходъ ипотекъ изъ рукъ въ руки совершается, по правилу, путемъ передачи ипотечнаго свидѣтельства и записи перехода ипотеки въ книгу, при чемъ ипотечному свидѣтельству придается значеніе орудія ипотечнаго оборота. Почему, на практикѣ, какъ увидимъ ниже, развился институтъ передачи ипотечныхъ свидѣтельствъ по бланко-цессіи.

IV. Огромные успѣхи дѣлаетъ въ мекленбургскихъ уставахъ и чисто-формальное вотчинно-ипотечное право. Упрощенная форма ипотечной книги; мѣстами, особыя ипотечныя установленія, отдѣльныя отъ общихъ судебныхъ мѣстъ; субсидіарная имущественная отвѣтственность государства за служебныя провинности ипотечныхъ чиновниковъ; регулированіе не закономъ, а инструкціей деталей производства въ ипотечныхъ установленіяхъ; строгое проведеніе начала консенза, и отсюда ограниченіе легалитета лишь естественными формальными моментами правоотношенія; признаніе начала однихъ только окончательныхъ записей, да еще протестовъ на случай ограниченія права распоряженія записаннаго управомоченнаго и отрицаніе предварительныхъ отмѣтокъ, тормазящихъ оборотъ; опущеніе при записи упоминаній объ основаніи записываемаго ипотечнаго требованія и отсюда—усиленіе публицитета, такъ что только книга и выпись изъ нея являются руководящими данными при обсужденіи стороною правоотношенія по недвижимости; точный и безусловный спеціалитетъ объекта и суммы ипотечныхъ требованій, краткая и легко обозримая форма именныхъ ипотечныхъ свидѣтельствъ, предназначенныхъ къ циркуляціи и легитимирующихъ поименованное въ нихъ лицо на распоряженіе ипотекой; освобожденіе лично извѣстныхъ ипотечному установленію сторонъ отъ необходимости совершенія оффиціальныхъ актовъ о сдѣлкѣ и общее широкое начало упрощенія формъ производства и условій дѣйствительности сдѣлки, въ интересѣ удобствъ для публики, вездѣ, гдѣ ипотечное установленіе находитъ это возможнымъ,—все это какъ и многое

еще другое, при усовершенствованiи и упрощенiи матерiальнаго ипотечнаго права, и служило огромному успѣху ипотечнаго оборота въ Мекленбургѣ.

V. Ко всему этому присоединялись и нѣкоторыя бытовыя особенности Мекленбурга. Мы уже отмѣчали выгодныя особенности общей простоты и патрiархальности жизненныхъ отношенiй въ Мекленбургѣ и дѣленiя землевладѣнiя на три категорiи, дававшаго возможность точнѣе и лучше удовлетворить особеннымъ потребностямъ каждой формы землевладѣнiя. Но огромное преимущество Мекленбурга передъ другими германскими странами состояло въ особомъ исконномъ явленiи сдѣлочныхъ ярмарокъ, носящихъ названiе Umschlagstermine. Сушность этого явленiя заключается въ томъ, что въ Мекленбургѣ издавна установились два перiода въ году (одинъ—зимою, другой—лѣтомъ), когда только и допускается востребованiе и осуществленiе по долговымъ отношенiямъ, при чемъ востребованный въ одинъ изъ этихъ кратковременныхъ перiодовъ долгъ осуществляется въ ближайшiй слѣдующiй перiодъ. Благодаря этому обычаю, реальный кредитъ получилъ въ Мекленбургѣ такое направленiе, что въ эти два опредѣленныхъ перiода въ году какъ-бы устраивается ипотечная биржа, на которой выступаетъ одновременно какъ спросъ на ипотеки такъ и предложенiе ипотекъ. Благодаря одновременному спросу и предложенiю, ипотеки, ненужныя наличному ихъ субъекту, легко находятъ себѣ спросъ со стороны новыхъ лицъ, ищущихъ помѣщенiя своего капитала подъ ипотеки. Бываютъ и случаи, что лицо желаетъ сбыть свои ипотеки, для того только, чтобы прiобрѣсти другiя ипотеки, обладающiя въ томъ или другомъ отношенiи свойствами, которыя лицу кажутся болѣе подходящими. Такъ какъ эти сдѣлочныя ярмарки привлекаютъ въ одно мѣсто лицъ, ищущихъ помѣщенiя капитала и сбыта ипотекъ или обмѣна однѣхъ ипотекъ на другiя, то и происходитъ въ Umschlagstermine легкiй и быстрый переходъ ипотекъ изъ рукъ въ руки, часто замѣняющiй осуществленiе ипотеки путемъ экзекуцiи на обремененное ипотекой имѣнье. Благодаря тому, что во время этихъ ярмарокъ масса ипотекъ обходитъ массу рукъ, сохраняется и запросъ на капиталъ; какая-нибудь сотня тысячъ талеровъ разыгрываетъ роль нѣсколькихъ миллiоновъ наличныхъ денегъ. Лицо получаетъ деньги на свою ипотеку, чтобы уплатить ими за ипотеку, прiобрѣтенную имъ у 3-го лица, и т. д.

Эти ярмарки не остались безъ влiянiя на право ипотеки. Такъ какъ ипотечный кредиторъ не знаетъ заранѣе, кто прiобрѣтетъ ипотеку, самолично же онъ, напр., не можетъ почему-либо и явиться на ярмарку или даже не хочетъ,—то и вошло въ обычай, что онъ ставитъ лишь свой бланкъ на ипотечномъ свидѣтельствѣ и посылаетъ послѣднее довѣренному лицу. Довѣренное лицо сбываетъ ипотеку и уже тогда проставляетъ полную цессiонную надпись, указывая въ послѣдней и имя прiобрѣтателя ипотеки. И хотя мекленбургскiе уставы не знаютъ иной формы передачи ипотекъ, какъ только полную цессiю, на практикѣ, руководящейся началомъ bona fides, въ Мекленбургѣ развился и поощряется властью институтъ бланковой передачи ипотечныхъ свидѣтельствъ. Благодаря же общей простотѣ производства въ

мекленбургскихъ ипотечныхъ установленіяхъ, ярмарки не обременяютъ ипотечныхъ установленій и дѣломъ записи цессіи въ ипотечныя книги.

Всѣ эти достоинства мекленбургскаго права ипотеки и привели къ тому, что мекленбургскія ипотечныя свидѣтельства получили распространеніе и высокую цѣнность даже далеко за границами Мекленбурга и привлекали къ мекленбургскому землевладѣнію огромные капиталы; эти капиталы оплачивались сравнительно ничтожнымъ % ($2\frac{1}{2}$—3), въ то время какъ въ Пруссіи ипотека давала капиталисту 5%—7% и болѣе. Это было 2-ой важной причиной, почему прусскіе государственные люди, во время реакціи ипотечному режиму кодификацій Фридриха В., обратились къ мекленбургскому праву, какъ образцу, достойному подражанія; при этомъ, упускались изъ виду различія бытовыхъ условій Пруссіи отъ Мекленбурга [1]).

РАЗДѢЛЪ V.

Австрія.

§ 80. Общій очеркъ Австрійскаго ипотечнаго режима въ законодательствѣ 19 столѣтія.

I. Формальное право вотчинно-ипотечнаго режима оставалось въ Австріи въ разсматриваемую эпоху и до самыхъ 70-хъ гг. 19 ст. почти безъ измѣненій въ томъ видѣ, въ какомъ оно было пересмотрѣно въ концѣ 18 ст., отчасти подъ вліяніемъ Прусскаго устава 1783 г., въ патентахъ о Landtafel.

Матеріальное же вотчинное право получило въ Австріи коренную обработку сначала въ партикулярномъ правѣ, въ уложеніи для западной Галиціи отъ 13 янв. 1797 г. [2]), а потомъ въ общемъ правѣ, въ уложеніи Австріи отъ 1811 г. [3]), повторившемъ и отмѣнившемъ Галицкое уложеніе.

Какъ Галицкое, такъ и обще-Австрійское уложеніе носятъ извѣстную долю вліянія кодификацій Фридриха В., хотя въ общемъ и цѣломъ они являются итогомъ особаго Австрійскаго правообразованія, развивавшагося при дѣйствіи института Landtafel.

1. Система австрійскаго уложенія, въ общемъ римская, институціонная, тѣмъ не менѣе восполняется настолько особенностями правообразованія Landtafel, что проводитъ постоянно различія движимыхъ и недвижимыхъ вещей,

---

[1]) Кромѣ очерченныхъ важнѣйшихъ германскихъ государствъ, прусскій ипотечный режимъ повліялъ и на права многихъ второстепенныхъ германскихъ государствъ, которыхъ мы, однако, не коснемся въ виду незначительной исторической роли ихъ въ развитіи изслѣдуемаго явленія. По тѣмъ же соображеніямъ я не касаюсь и права нѣкоторыхъ русскихъ областей, на которомъ сказывается вліяніе прусскаго ипотечнаго режима, какъ царство Польское, Прибалтійскія губерніи и т. д. О проектѣ вотчиннаго устава я вообще не говорю въ этомъ изслѣдованіи, т. к. предполагаю отвести ему самостоятельное изслѣдованіе. Вліяніе прусскаго права на французское отмѣчалось въ очеркѣ послѣдняго. Здѣсь же остается указать на вліяніе прусскаго права на австрійское право.

[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch für Westgalizien v. 13 Januar 1797.

[3]) Algemeines bürgerliches Gesetzbuch. Wien 1811.

избѣгая такихъ общихъ и рѣшительныхъ положеній для обоихъ видовъ вещей, которыя могли бы вызывать недоразумѣнія, какъ это имѣло мѣсто въ прусскомъ Ландрехтѣ по вопросу о роли традиціи въ оборотѣ недвижимостей.

Уложеніе покоится на началѣ подчиненія публицитету всего вотчиннаго оборота. Всякое вещное право: собственность, сервитутъ, ипотека и т. д. возникаютъ и прекращаются только записью въ вотчинную книгу, безъ чего они не существуютъ вовсе. Записи подлежатъ всѣ сдѣлки и всѣ юридическіе факты, которые могутъ служить титулами возникновенія или основаніями прекращенія вещныхъ правъ, именно, не только сдѣлки между живыми, но и сдѣлки mortis c., судебные приговоры, раздѣльные акты, наслѣдованіе по закону, законный залогъ и т. д. и т. д. Это начало установлено въ духѣ правообразованія Landtafel.

2. Хотя, подобно прусскому Ландрехту, и австрійское уложеніе начинаетъ ученіе о пріобрѣтеніи собственности установленіемъ общаго начала, что пріобрѣтеніе всякой вещи завершается тогда, когда къ титулу пріобрѣтенія присоединяется традиція [1]), тѣмъ не менѣе уже это общее начало снабжается оговоркой о существованіи особыхъ предписаній закона; въ ученіи же о пріобрѣтеніи недвижимостей съ полной ясностью устанавливается начало, что роль традиціи въ этихъ случаяхъ играетъ запись пріобрѣтательной сдѣлки въ вотчинную книгу [2]), и какъ скоро актъ о переходѣ собственности записанъ въ оффиціальную книгу, такъ новый собственникъ и вступаетъ въ правомѣрное владѣніе [3]). Такимъ образомъ, австрійское право поставило на своемъ мѣстѣ то начало записи, какъ способа пріобрѣтенія недвижимостей, замѣняющаго традицію, которое Ландрехтъ вставилъ неудачно въ ученіе о сервитутахъ. Отсюда и получилась въ австрійскомъ уложеніи иная конструкція записи, чѣмъ въ Ландрехтѣ. Австрійская запись является не полицейской мѣрой, какъ прусская Besitztitelberichtigung, а гражданско-правовымъ способомъ пріобрѣтенія недвижимостей, подобнымъ Auflassung. Это начало Auflassung происходитъ изъ того же правообразованія Landtafel. Auflassung Австрійскаго уложенія такъ же конкретна, какъ и въ Саксонскомъ уложеніи, запись указываетъ основаніе сдѣлки и, конечно, зависитъ въ свой дѣйствительности отъ правомѣрности основанія. Ни о какомъ дуплицитетѣ собственности, однако, въ Австріи, какъ и Саксоніи, не можетъ быть рѣчи, такъ какъ собственность пріобрѣтается только записью, но это не исключаетъ оспоримости книжнаго правоотношенія въ извѣстныхъ границахъ. Однако, оспоримость эта такъ же мало создаетъ почву для дуплицитета, какъ оспоримость пріобрѣтенія по римскому праву.

---

[1]) II, 5 § 425: „Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, ausser den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden“.

[2]) § 431 eod.

[3]) § 441 eod.

Для распоряженія недвижимостью прежде всего требуется, чтобы и отчуждатель самъ былъ книжнымъ собственникомъ [1]). Это уже не полицейская мѣра, созданная для поощренія записи пріобрѣтенія, а естественный выводъ изъ начала, что только книжный собственникъ есть дѣйствительный собственникъ, хотя нельзя не признать за этой нормой вліянія прусскаго права уже потому, что въ австрійскомъ уложеніи она является ненужнымъ плеоназмомъ.

Если собственность на недвижимость переходитъ въ силу судебнаго приговора, судебнаго раздѣльнаго акта, судебнаго утвержденія въ правахъ наслѣдства,—требуется запись этихъ актовъ [2]); тоже—когда она переходитъ въ силу легата [3]).

Если собственникъ отчуждаетъ одну недвижимость нѣсколькимъ лицамъ,—собственность принадлежитъ тому, кто раньше добьется записи пріобрѣтенія [4]).

Собственность переходитъ къ пріобрѣтателю такою, какою она выступаетъ по вотчинной книгѣ [5]). Публицитетъ книги упраздняетъ принципъ: „nemo plus juris"...

Прекращается право собственности на недвижимость съ погашеніемъ его по вотчинной книгѣ [6]).

Прочія вещныя права подчиняются всѣмъ тѣмъ началамъ, которыя установлены для пріобрѣтенія и погашенія права собственности на недвижимости [7]) [8]).

3. Право ипотеки регулируется австрійскимъ уложеніемъ, съ одной стороны, не такъ казуистично, какъ Ландрехтомъ, съ другой же—слишкомъ элементарно.

Какъ и всѣ новѣйшія кодификаціи, австрійское уложеніе даетъ общее римское опредѣленіе ипотеки, какъ акцессорнаго права, обезпечивающаго личное требованіе [9]), но, какъ и всѣ кодификаціи, оно допускетъ ипотеку только на недвижимости [10]). А если мы вспомнимъ, что формальное право LT. сообщало записямъ всякаго рода абсолютную fides publica, по истеченіи 3 л. 18 нед.,—то и для австрійскаго права мы будемъ имѣть то же явленіе, что ипотека можетъ быть иногда самостоятельной въ своемъ существованіи. Съ другой же стороны, ипотека австрійскаго права является уже строго вещнымъ правомъ, не подающимъ повода къ строенію ея, какъ Realobligation (Exner, Das Oesterr. HR.).

[1]) § 432. Порядокъ и условія записи въ §§ 434, 435 h. t.

[2]) § 436.

[3]) § 437.

[4]) § 440.

[5]) § 443.

[6]) § 444.

[7]) § 445; ср. § 481, 526 и др.

[8]) Формальное право регулируется въ Landtafelpatente (§ 446).

[9]) II, 6 § 447.

[10]) § 448 eod.

Въ возникновеніи ипотеки уложеніе, подобно всѣмъ кодификаціямъ того времени, различаетъ titulus и modus. Титулами ипотеки служатъ: законъ, судебный приговоръ, договоръ, послѣдняя воля [1]). Но титулъ не даетъ самъ по себѣ ипотеки.

Чтобы дѣйствительнымъ образомъ пріобрѣсти ипотеку, титулованный кредиторъ долженъ записать свое требованіе въ вотчинную книгу по способу, установленному для пріобрѣтенія собственности [2]).

Правоотношеніе ипотеки регулируется, въ общемъ, сходно съ Ландрехтомъ, хотя и не столь казуистично. Залогъ простирается на всѣ доли недвижимости, принадлежащія въ свободную собственность залогодателя, на приращенія и принадлежности, на плоды, еще не отдѣленные или не собранные [3]).

Если цѣна недвижимости вслѣдствіе вины залогодателя или позднѣе открывшагося недостатка вещи оказывается болѣе недостаточной на покрытіе долга, кредиторы въ правѣ требовать отъ залогодателя другого подходящаго залога [4]).

Неудовлетворяемый по наступленіи срока удовлетворенія кредиторъ имѣетъ право требовать судебнаго отчужденія заложеннаго предмета [5]).

Передъ отчужденіемъ недвижимости каждый, записанный въ вотчинную книгу, залоговый кредиторъ въ правѣ удовлетворить того кредитора, по требованію котораго наступаетъ судебное отчужденіе [6]).

Должники не могутъ участвовать на торгахъ при отчужденіи заложенной ими вещи [7]).

Остатокъ выручки, получившійся за удовлетвореніемъ кредитора, идетъ должнику; недостатокъ, получившійся при удовлетвореніи кредитора изъ цѣны отчужденной недвижимости, взыскивается съ прочаго имущества должника [8]).

Насколько залоговый кредитъ обязуется держаться заложеннаго предмета или можетъ обратить взысканіе и на другое имущество должника, — это рѣшаетъ судебный уставъ [9]).

Когда должникъ отчуждаетъ собственность на обремененную ипотекой недвижимость 3-му лицу, кредиторъ воленъ сначала осуществить личное

---

[1]) § 449.

[2]) Одинъ титулъ даетъ лишь личное Recht zur Sache, но не вещное Recht auf die Sache (§ 451 eod). Очевидно, вліяніе Ландрехта; понятіе Recht zur Sache, однако, выступаетъ въ уложеніи случайно и мало разработано; но оно уже вовсе не вяжется съ публицитетомъ уложенія, проводимымъ на самыхъ широкихъ началахъ. При недостаточности актовъ для записи ипотеки, допускается предварительная отмѣтка ея, по правиламъ о собственности (§ 453).

[3]) § 457.

[4]) § 458 h. t.

[5]) § 461.

[6]) § 462.

[7]) § 463.

[8]) § 464.

[9]) § 465.

право на должникѣ, а потомъ искать полнаго удовлетворенія изъ заложенной вещи [1]).

Прекращается ипотека, при наличности какого бы то ни было титула прекращенія, только путемъ погашенія долгового отношенія по ипотечной книгѣ [2]).

Положеніе кредиторовъ въ конкурсѣ опредѣляется конкурснымъ уставомъ [3]).

Цессія ипотеки уложеніемъ не регулируется, но Landtafelpatente требуютъ и ея записи [4]).

II. Формальное право Landtafelpatenten и матеріальное право уложенія къ срединѣ 19 ст. становились малоудовлетворительными и вызывали на практикѣ рядъ сомнѣній по самымъ кореннымъ вопросамъ права, напримѣръ, вопросу о природѣ публицитета вотчинной книги, подрываемаго началомъ оспариванія записи въ вотчинную книгу въ теченіе 3 л. 18 нед. Австрійская судебная практика, прислушивавшаяся къ прусской судебной практикѣ и руководясь родствомъ австрійскаго уложенія съ прусскимъ Ландрехтомъ, была готова вывести изъ этого послѣдняго начала принципъ, что собственность пріобрѣтается и становится безспорной только по давности 3 л. 18 нед., но не въ силу записи, какъ таковой; а отсюда было не далеко до признанія и начала традиціи, какъ способа пріобрѣтенія и недвижимостей [5]). Много пробѣловъ было и въ правѣ ипотеки австрійскаго уложенія. Уложеніе не знаетъ ипотеки собственника, не знаетъ начала о недопущеніи для послѣдующихъ кредиторовъ повышенія съ ихъ ипотеками, по отпаденіи предшествующихъ имъ ипотекъ, и вовсе не регулируетъ цессіи ипотекъ, а между тѣмъ новыя условія оборота недвижимостей требовали того или иного рѣшенія всѣхъ этихъ вопросовъ.

Въ срединѣ столѣтія, им. въ 1848—51 гг., въ Австріи имѣютъ мѣсто соціально-политическія событія, отразившіяся, въ свою очередь, на старой организаціи ипотечнаго режима. Уничтожаются различія привиллегированныхъ и непривиллегированныхъ имѣній, всѣ граждане признаются равными передъ закономъ и получаютъ право пріобрѣтенія всякаго рода недвижимостей. Это влекло отмѣну Landtafelfähigkeit и новое оживленіе вотчиннаго оборота. Реформа управленія отражается и на организаціи самыхъ вотчинныхъ

---

[1]) § 466.

[2]) § 469.

[3]) § 470.

[4]) Того же требуетъ и уложеніе для установленія залога на залогъ, каковой случай уравнивается въ источникахъ вообще съ цессіей ипотеки.

[5]) См. картину колебаній практики у Exner, Publizitätsprinzip. Самъ Exner настаиваетъ, однако, на коренной идеѣ Landtafel, т.-е. на абсолютной publica fides вотчинной книги, за что и пользуется славой чуть-ли не утописта. См. Dernburg, Das bürg. Recht 1898. III, 132 и друг. А когда Экснеръ въ очеркѣ ипотеки закона 1871 г. рисовалъ уже иную картину, которая отвѣчала перемѣнамъ законодательства, тогда, по недоразумѣнію, ему стали приписывать перемѣну личнаго его взгляда на публицитетъ. Въ дѣйствительности же, измѣнился не взглядъ автора, а предметъ изслѣдованія.

установленій; наконецъ, институтъ кватернъ преобразуется въ институтъ вотчинныхъ актовъ [1]).

Все это и даетъ толчекъ пересмотру вотчинно-ипотечнаго режима.

Движеніе открыто было Kaiserliche Vg v. 16 Mz. 1851 [2]), сначала опубликованнаго для Нижней и Верхней Австріи, Богеміи, Моравіи, Силезіи, Штиріи, Каринтіи и Крайны, а вскорѣ распространеннаго и на Тріестъ, Гёрцъ, Градиску, Истрію [3]) и Зальцбургъ [4]). Законъ реформировалъ въ разныхъ отношеніяхъ формальное право, цѣлясь „устранить тормазящія реальный кредитъ проволочки" [5]).

Но самое значительное событіе этого времени представляетъ Vg. министра юстиціи отъ 15 дек. 1855 г. [6]) для Венгріи, Кроаціи, Славоніи, Сербскаго воеводства и Temeser Banat, иначе называемый provisorische Ungarische Grundbuchordnung. Это былъ первый обширный опытъ реформы датирующаго изъ прошлаго вѣка ипотечнаго режима въ направленіи, указываемомъ современными требованіями кредитнаго оборота, и въ этомъ отношеніи онъ былъ предвѣстникомъ реформы общаго австрійскаго вотчиннаго устава 1871 г. Цѣлый рядъ вопросовъ, особенно формальнаго ипотечнаго права, дотолѣ вовсе не урегулированныхъ или мало разработанныхъ, были тутъ впервые серьезно поставлены и получили разрѣшеніе, отчасти усвоенное потомъ и обще-австрійскимъ правомъ закона 1871 г.

Когда потомъ совершилось отдѣленіе Венгріи отъ Австріи, уставъ 1855 г. былъ открыто оставленъ какъ дѣйствующее право венгерской короны [7]).

Вскорѣ за публикаціей этого провизорнаго закона для венгерскихъ земель начались работы по изготовленію окончательнаго вотчиннаго устава для всей австрійской монархіи.

Первымъ результатомъ работъ былъ опубликованный съ мотивами „Entwurf der allgem. GrBOg. und des Einf.-Patens", Wien 1858, предназначавшійся для всей монархіи, кромѣ только итальянскихъ провинцій и военной границы. Проектъ не получилъ движенія. Въ 1863 г. издается другой проектъ безъ мотивовъ и безъ патента — „Entwurf der GrBO." Wien. Послѣдній былъ сообщенъ Landesausschüssen западно-австрійскихъ коронныхъ земель для обсужденія и подвергнутъ обстоятельной ревизіи въ виду послѣдовавшихъ на него мнѣній, а также въ виду того обстоятельства, что въ промежуточное время закодательствованіе о внутреннемъ устройствѣ вотчинныхъ книгъ перешло отъ рейхсрата къ ландтагамъ [8]).

---

1) См. Maassburg, стр. 15, 16, 32; тамъ и источники.

2) RGBl, 67 стр.

3) 2 мая 1851 г. см. RGBl, 107.

4) 26 іюня 1851 г. см. RGBl. 157.

5) Exner, das österr. HR. 4 стр.

6) RGBl. 222.

7) Exner, Das öst. HR. 4, 5 стр.

8) Staatsgrundgesetz v. 21 Dz 1867 въ RGBl. 141 § II. Этимъ единая матерія раз-

Въ пересмотрѣнномъ видѣ проектъ поступилъ въ качествѣ правительственнаго предложенія въ рейхсратъ, именно сначала въ палату господъ 14 дек. 1869. Юридическая комиссія палаты господъ, признавая правительственный проектъ, въ общемъ, шагомъ впередъ, находила въ немъ много детальныхъ недочетовъ и вообще пришла къ заключенію, что проектъ не далъ ни должнаго развитія основнымъ началамъ матеріальнаго ипотечнаго права, ни тщательной разработки формальнаго права. Поэтому комиссія и предложила свой проектъ, существенно отличный отъ правительственнаго проекта, съ докладомъ отъ 6 марта 1870 г. [1]). Подробныя изслѣдованія in pleno палаты привели 24 марта къ рѣшенію, которое за основу взяло проектъ комиссіи, а въ деталяхъ дѣлало заимствованія изъ правительственнаго предложенія. Правительство рѣшило усвоить результатъ работы палаты господъ и съ ничтожными измѣненіями, чаще всего формальнаго свойства, предъявить его вновь избранной къ тому времени нижней палатѣ въ VI сессіи рейхсрата. Это и состоялось 20 ф. 1871 г. А 30 іюня законъ былъ принятъ нижней палатой съ измѣненіями, возвращавшими проектъ къ первоначальной правительственной редакціи. По воспослѣдовавшемъ согласіи со стороны палаты господъ на измѣненія, внесенныя въ проектъ нижней палатой, законъ былъ санкціонированъ 25 іюля 1871 г. [2]) [3]).

III. Das allgemeine Grundbuchsgesetz 25 іюля 1871 г. представляетъ собою главнымъ образомъ формальное ипотечное право и лишь въ незначитель-

---

дѣлилась между разнородными сферами законодательствованія, что вредно отражалось потомъ на успѣхѣ дѣла. См. Kaserer, Oesterr. Ges. mit Materialien: пренія райхсрата по поводу проэкта закона 1871 г.

[1]) Между прочимъ, комиссія отвергла положенія правительственнаго проекта о допущеніи въ неограниченной суммѣ привиллегій налоговыхъ требованій, о допущеніи виндикаціи противъ 3-го пріобрѣтателя, о правѣ должника на мѣсто погашенной ипотеки установить новую ипотеку и о созданіи съ этой цѣлью ипотечныхъ свидѣтельствъ; комиссія отвергла институтъ послѣднихъ свидѣтельствъ потому, что, за недостаткомъ кадастра, находила систему недостаточно надежной для легко циркулирующихъ ипотечныхъ свидѣтельствъ.

[2]) Исторія реформаціоннаго движенія и работы рейхсрата содержатся у Kaserer, Oesterreichische Gesetze mit Materialien. Nach Amtlichen Quellen. XV. Reichsgesetz v. 25 Juli 1871 über das GrBR. Wien 1874. Экстрактъ данныхъ у Exner, Das österr. HR. стр 5 и сл. Замѣчу, что пренія палатъ отличаются большой безцвѣтностью и невысокимъ юридическимъ дарованіемъ. Самое интересное въ преніяхъ — это признаніе, что, въ виду низкаго уровня народнаго образованія въ Австріи необходимо, для записи сдѣлокъ въ вотчинную книгу, какъ рокового момента для правоотношенія, требовать оффиціальныхъ актовъ сдѣлки, совершаемыхъ надежными оффиціальными органами, которые бы пеклись объ интересѣ темнаго населенія (легалитетъ?). Пренія вскрываютъ, далѣе, какъ мало парламентаріи сознаютъ потребности оборота и какъ послѣдній слабо развитъ въ Австріи того времени; именно, въ преніяхъ мы не встрѣчаемъ отклика на всѣ тѣ тонкости ипотечной системы, которыя захватывали германскаго законодателя 70-хъ гг.

[3]) Текстъ закона съ послѣдующими мѣрами, между прочимъ, входитъ въ Manzsche Taschenausgabe der österr. Gesetze XVIII Bd: Gesetze und Vorschriften über öff. Bücher 6 Aufl. Wien 1898. Лучшая обработка права закона 1871 г. дана у Exner, Das öst. HR.

ной долѣ вноситъ измѣненія въ матеріальное право. Въ общемъ, онъ стоитъ на старой почвѣ Landtafelpatenten, но вноситъ усовершенствованія въ право послѣднихъ.

1. Законъ попрежнему подчиняетъ публицитету весь вотчинный оборотъ (§ 4 и 9).

2. Онъ усваиваетъ начало, что ипотечное установленіе дѣйствуетъ только по иниціативѣ интерессентовъ и никакъ не ex officio (§ 76 и др.).

3. Законъ строго проводитъ начало спеціалитета суммы требованія (§ 14), но создаетъ и разрабатываетъ институтъ солидарной ипотеки (§ 15, 106 и др.) нѣсколько своеобразно.

4. Пріоритетъ ипотекъ опредѣляется въ законѣ не моментомъ записи ипотеки, а моментомъ предъявленія просьбы о записи (§ 29) указываемымъ въ книгѣ.

5. Легалитетъ строго ограничивается формальной стороною сдѣлки (§ 94).

6. Публицитетъ вотчинной книги ослабленъ въ законѣ 71 г., сравнительно съ Landtafelpatente, до крайней степени (§§ 61 — 65 и сл.). Абсолютная publica fides книги вовсе не извѣстна закону. Противъ 1-го пріобрѣтателя запись оспорима всегда, кромѣ случаевъ, что искъ погаснетъ съ давностью. Противъ 3-хъ лицъ она оспорима во всякомъ случаѣ въ теченіе 60 дней съ момента оповѣщенія пассивнаго интерессента о записи, а если оповѣщеніе не состоялось, то въ теченіе 3-хъ лѣтъ. Не говорю уже о дѣйствіи протеста на запись, который допускается закономъ на широкихъ началахъ.

Несомнѣнно, что отступленіе отъ начала патентовъ произошло подъ вліяніемъ римскаго права, заявившаго себя тутъ слишкомъ несвоевременно. Впрочемъ, романизація имѣетъ и положительную сторону, — именно она цѣлится поставить въ возможную гармонію матеріальное право съ формальнымъ, что было затруднено прежнимъ правомъ LT. Patente. Все это должно, однако, вредно отражаться на живомъ вотчинномъ оборотѣ и терпимо, развѣ только, въ странахъ со слабымъ вотчиннымъ оборотомъ.

7. Но внѣшній публицитетъ, по старому, остается широкимъ, и всякій желающій можетъ осматривать вотчинныя книги, не доказывая даже особаго интереса (§ 7).

8. Изъ новшествъ матеріальнаго права слѣдуетъ указать, кромѣ разработки института солидарной ипотеки (выше), еще на институтъ открытаго мѣста для будущей ипотеки, организованный въ духѣ Landtafel (§ 53 и сл.), но крайне обуженный. При помощи этого института австрійскій законодатель, очевидно, хотѣлъ удовлетворить новѣйшимъ потребностямъ оборота, для удовлетворенія которымъ другія законодательства создали институтъ ипотеки на собственную вещь. Такая неразвитая организація, да еще крайне обуженная, можетъ удовлетворять лишь потребностямъ слабо развитаго ипотечнаго оборота.

9. Законъ оставляетъ и давность пріобрѣтательную и погасительную для записанныхъ въ вотчинную книгу правъ, но съ ограниченіями, вытекающими изъ публицитета книги (§ 69, 70 и др.).

10. Законъ не затрогиваетъ матеріальнаго значенія записи вотчинныхъ правъ, такъ что этотъ вопросъ, по-прежнему, рѣшается началами уложенія 1811 г.

11. Законъ не регулируетъ и матеріальнаго ипотечнаго права, такъ что и тутъ все остается по праву уложенія.

12. Законъ ничего не дѣлаетъ, въ частности, для циркуляціи ипотечныхъ свидѣтельствъ. Ихъ законъ даже не знаетъ, — хотя онъ выходитъ въ ту пору, когда въ Пруссіи идетъ реформаціонная горячка, въ результатѣ которой получился рядъ прогрессивнѣйшихъ идей формальнаго и матеріальнаго ипотечнаго права.

Но все же законъ 1871 г. переработалъ къ лучшему и на единообразныхъ началахъ все формальное ипотечное право, и въ этомъ его относительная заслуга.

Цѣлымъ рядомъ мѣстныхъ законовъ вотчинный режимъ закона 1871 г. былъ введенъ, съ болѣе или менѣе значительными особенностями, въ отдѣльныхъ австрійскихъ областяхъ, а потомъ былъ въ деталяхъ измѣняемъ и дополняемъ послѣдующими мѣрами, не перестающими появляться и до сего дня [1]).

ГЛАВА II.

Реакція прусскому Ландрехту и новыя реформаціонныя движенія въ Пруссіи.

§ 81. Мотивы и цѣли новаго реформаціоннаго движенія.

Уставъ 1783 г. и Ландрехтъ 1794 г. были изданы въ эпоху, когда въ Пруссіи еще существовали феодальныя отношенія, хотя уже и доживавшія послѣдніе дни. Крупныя рыцарскія имѣнья, относительно неподвижный оборотъ съ ними, первобытное веденіе хозяйства, слабо развитая потребность реальнаго кредита и слабый оборотъ съ ипотеками, наконецъ, отсутствіе у сельскаго хозяина конкуррентовъ по спросу на капиталъ—вотъ бытовая обстановка, на которую былъ разсчитанъ ипотечный режимъ кодификацій Фридриха В. Въ то же время кодификаціи отражали въ себѣ какъ господствовавшее въ то время на практикѣ римское право, подъ которое насильственно подгонялись феодальныя отношенія, такъ и господствовавшее въ теоріи того времени направленіе естественнаго права, видѣвшее въ римской системѣ вѣчный правовой разумъ, всюду и всегда примѣнимый и неизмѣнно благодѣтельный. Мы уже видѣли, какъ вся эта обстановка отразилась на ипотечномъ режимѣ Фридриховыхъ кодификацій.

I. Но очень скоро по изданіи Ландрехта начинается въ Пруссіи коренная ломка стараго строя соціальныхъ отношеній, открывшаяся эдиктомъ

---

[1]) Всѣ эти мѣры, очень многочисленныя, находятся въ томъ же Manzsche Taschenausgabe.

1807 г., изданнымъ во время борьбы съ Наполеономъ. Нашествіе французовъ и вызванныя имъ войны исчерпали силы страны. И законодатель вынуждается прибѣгнуть къ рѣшительнымъ мѣрамъ для поднятія благосостоянія подданныхъ и оживленія оборота. Уже въ эдиктѣ 1807 г., а потомъ и въ другихъ, связанныхъ съ нимъ общей цѣлью, мѣрахъ полагаются новыя начала гражданской жизни Пруссіи. Отмѣняется крѣпостное право, вся народная масса призывается къ гражданской жизни, провозглашается для всѣхъ право свободнаго выбора занятій и обладанія недвижимостями, допускается свободное дробленіе имѣній и болѣе свободное право ограниченныхъ владѣльцевъ недвижимостей на обремененіе послѣднихъ ипотеками. Отсюда постепенно, особенно по заключеніи мира, начинается ускореніе движенія собственности на недвижимость и развитіе мелкаго землевладѣнія.

Въ 1815 г., послѣ сверженія владычества Наполеона, Пруссія обогащается новыми областями, въ которыхъ мелкое землевладѣніе являлось уже вовсе господствующимъ типомъ землевладѣнія, и на эти области распространяется то же Прусское право. Отсюда, режимъ, расчитанный на крупное и устойчивое землевладѣніе, перестаетъ отвѣчать все болѣе распространяющемуся въ странѣ типу землевладѣнія и оживляющемуся движенію собственности. И скоро начинаютъ раздаваться голоса, жалующіеся на громоздкость и дороговизну прусскаго ипотечнаго режима [1]).

Мы уже видѣли, какими мѣрами правительство пыталось помирить со своимъ режимомъ мелкое землевадѣніе: именно, вмѣсто упрощенія режима, оно отмѣнило обязательную и принудительную явку пріобрѣтательнаго акта въ ипотечное установленіе. Но эта мѣра была плохимъ исходомъ; такъ какъ публицитетъ ипотечной книги все равно дѣйствовалъ въ области ипотечныхъ отношеній, то упадокъ записей пріобрѣтенія собственности только увеличивалъ бездну, отдѣляющую книгу отъ жизни и способствовалъ лишь большему развитію другого зла, не менѣе опаснаго, именно дуплицитета собственности. Но, помимо этого, съ упадкомъ записей переходовъ собственности, ипотечная книга вообще давала все менѣе и менѣе надежный очеркъ отношеній собственности на недвижимости, что нерѣдко отражалось вредно вообще на оборотѣ, особенно же при открытіи субгастацій. „Собственникъ пересталъ знать, кто его кредиторъ, кредиторъ же пересталъ знать, кто его должникъ“ [2]). Неудобства отъ водворившейся негласности переходовъ собственности чувствовались и административными учрежденіями при разнаго рода мѣропріятіяхъ, касающихся недвижимостей, напр. Auseinandersetzungen, Separationen. Особенныя затрудненія возникали отъ того въ случаяхъ экспропріаціи, которые все болѣе возрастали въ числѣ, но при осуществленіи которыхъ власть не имѣла средствъ собрать точныя свѣдѣнія о томъ, кто собственникъ экспропріируемыхъ имѣній. Въ концѣ-концовъ, избранный законодателемъ способъ примиренія интересовъ мелкаго землевладѣнія и кредит-

---

[1]) См. выше. Ср. также Denkschrift. Min. Landw. Berlin 1863, стр. 106.

[2]) Wilmanns, Zur Reform der Hyp.-u. Subhast.-Ges.-Geb. Berlin 1866, стр. 2.

наго оборота послужилъ къ общему вреду, не исключая и самаго кредитнаго оборота. А все произошло отъ того, что законодатель имѣлъ въ виду только прямую и ближайшую цѣль—ипотечный оборотъ и не думалъ объ отраженномъ дѣйствіи публицитета ипотекъ на отношенія собственности. Опытъ указалъ, что публицитетъ ипотеки роковымъ образомъ навязываетъ начало публицитета всѣхъ вещныхъ правъ, если только провести его послѣдовательно и подумать объ устраненіи неблагопріятныхъ его послѣдствій для другихъ отношеній по недвижимостямъ; въ противномъ же случаѣ публицитетъ ипотекъ не только не помогаетъ вполнѣ ипотечному обороту, такъ какъ ипотечный кредиторъ ставится въ затрудненіе при самомъ осуществленіи притязанія противъ негласнаго собственника, но еще и вредно отражается на отношеніяхъ по собственности, внося неизбѣжнымъ образомъ дуплицитетъ ея, такъ какъ книжный собственникъ уполномочивается на распоряженія недвижимостью въ области ипотечныхъ отношеній, а натуральный собственникъ управомочивается на всѣ прочія распоряженія.

Уже одни перечисленныя затрудненія должны были вызывать движеніе общественной мысли въ сторону усвоенія вотчинно-ипотечной системы. Но оживающій вотчинный оборотъ и самъ по себѣ наводилъ на мысль о той же реформѣ.

II. Въ области собственно ипотечнаго оборота, съ своей стороны, очень скоро (а можетъ быть даже и ко времени появленія устава и Ландрехта) стали замѣчаться свои особыя теченія, не предусмотрѣнныя правомъ устава и Ландрехта. Стоя на римской почвѣ, эти памятники усвоили и римскій взглядъ на ипотеку, хотя въ то же время поставили институтъ на относительно твердую почву публицитета. Но вотъ на практикѣ оказалось, что между римской акцессорной и негласной ипотекой и новой публичной ипотекой существуетъ глубокое экономическое и юридическое различіе.

Римъ [1]) не зналъ настоящаго реальнаго кредита. Онъ зналъ только личный кредитъ и только при этомъ кредитѣ, не измѣняя его существа, приходило въ формѣ ипотекъ, особенно генеральныхъ, подкрѣпленіе личному кредиту и преимущественное положеніе кредитора въ отношеніи имущества должника. Отсюда само собою вытекало, что римская ипотека являлась ничѣмъ инымъ, какъ только придаткомъ къ личному требованію на должникѣ, что она съ личнымъ требованіемъ, ради котораго только и создана, стояла и падала, т. е. была акцессорнымъ къ нему правомъ.

Отсюда же римская ипотека не могла быть и самостоятельнымъ предметомъ цѣнности и особымъ предметомъ оборота. Отсюда, наконецъ, послѣдующіе кредиторы естественно повышались въ рангѣ, разъ только прекращались предшествующія имъ ипотеки.

Совсѣмъ иная роль ипотеки издавна выдвигалась въ жизни новыхъ народовъ, а особенно опредѣлилась съ тѣхъ поръ, какъ ипотека была поста-

---

[1]) Ближайшія за симъ соображенія объ особенностяхъ современной ипотеки заимствую у Dernburg, Das pr. HR., 1—4 стр.

влена на твердую почву публицитета. Въ 3-хъ главныхъ моментахъ проявились особенности современной ипотеки сравнительно съ римской.

1. Издавна уже германское право знало не только личный, но и реальный кредитъ. Этой задачѣ служили въ разное время разныя правовыя организаціи. Въ послѣднее время главной такой организаціей стала ипотека, особенно публичная ипотека. При реальномъ кредитѣ лицо довѣряетъ прежде всего недвижимости; лицо ссужаетъ капиталъ, чтобы потомъ получить удовлетвореніе изъ недвижимости. Этимъ, конечно, не исключается возможность и одновременно существующаго личнаго обязательства, но связь послѣдняго съ ипотекой не содержитъ уже ничего существеннаго для ипотеки. Если стороны пожелаютъ связать оба отношенія, имъ не можетъ быть это воспрещено; но если кредиторъ удовлетворится обезпеченностью, которую ему даетъ недвижимость, ему это не должно быть воспрещено. Римская догма акцессорной ипотеки, гдѣ право навязываетъ сторонамъ не только связь двухъ отношеній, но и подчиненіе реальнаго права ипотеки личному праву требованія,—была не въ духѣ новаго оборота. Реформа должна была очистить ипотеку отъ неудобныхъ для оборота римскихъ моментовъ.

2. Современный ипотечный оборотъ, особенно основанный на публицитетѣ, получилъ такое направленіе, что не только утратилось внутреннее правомѣрное основаніе для повышенія послѣдующихъ кредиторовъ съ отпаденіемъ предшествующихъ ипотекъ, но даже повышеніе стало противно правосознанію общества. При опредѣленности ипотекъ по суммѣ и положенію ихъ по ипотечной книгѣ, ипотеки разнаго ранга скоро стали представлять собою въ оборотѣ цѣнности разнаго порядка. Записанная на первое мѣсто ипотека, разъ только она держится въ предѣлахъ умѣреннаго отношенія къ цѣнности недвижимости, представляетъ теперь обезпеченность лучшаго качества. При ней меньше риска капиталисту. Потому и собственникъ недвижимости получаетъ подъ нее капиталъ на болѣе выгодныхъ для себя условіяхъ и за болѣе умѣренный %. Иначе дѣло обстоитъ съ послѣдующими ипотеками. Юридически и экономически это будутъ цѣнности низшаго качества, сравнительно съ предшествующими ипотеками. Рискъ капиталиста при нихъ больше. Оттого и % выше, и условія ссуды—тяжелѣе для собственника недвижимости. Эта разница въ условіяхъ ссуды особенно бросается въ глаза при осмотрѣ ипотечныхъ книгъ [1]). Въ то время какъ первая ипотека даетъ теперь сплошь и рядомъ $3\frac{1}{2}$% или 4%, вторая ипотека даетъ уже 5%, а послѣдующія даютъ 6% и болѣе. При такихъ условіяхъ нельзя подыскать матеріальнаго правомѣрнаго основанія тому, чтобы послѣдующія ипотеки повышались въ рангѣ съ отпаденіемъ предшествующихъ ипотекъ. При такомъ повышеніи послѣдующій кредиторъ пользовался бы прежними выгодами, не неся болѣе прежнихъ невыгодъ, которыя только и обусловливали тѣ выгоды. Правомѣр-

[1]) Я лично наблюдалъ её въ Берлинѣ, при осмотрѣ прусскихъ вотчинныхъ книгъ, который мнѣ былъ широко открытъ благодаря любезности завѣдующаго ипотечнымъ установленіемъ.

нымъ было бы еще повышеніе ипотекъ съ соотвѣтствующей перемѣной выгодныхъ условій ихъ; но едва-ли тогда согласился бы послѣдущій кредиторъ на повышеніе. А всякій иной исходъ былъ бы неправомѣрнымъ въ отношеніи должника-собственника. Иное дѣло, когда стороны договорятся о повышеніи. При указанныхъ условіяхъ, все стало говорить за то, чтобы оставить кредиторовъ навсегда съ ихъ рангомъ. Да въ настоящее время отпаденіе предшествующихъ ипотекъ и не является правиломъ, а развѣ только случайностью, на которую послѣдующіе кредиторы не могутъ и разсчитывать. Какъ показываетъ тотъ же осмотръ ипотечныхъ книгъ, собственники недвижимостей, по общему правилу, приступаютъ раньше къ погашенію низшихъ ипотекъ, какъ болѣе для нихъ невыгодныхъ и постепенно идутъ вверхъ къ менѣе для нихъ обременительнымъ ипотекамъ. Если же удовлетворяютъ старѣйшія ипотеки, то не погашаютъ ихъ, а держатъ ипотечныя свидѣтельства въ своихъ потфеляхъ, въ ожиданіи возможной нужды въ кредитѣ въ будущемъ. При такихъ условіяхъ, погашеніе старѣйшей ипотеки по книгѣ можетъ послѣдовать развѣ только благодаря какой-нибудь рѣдкой случайности. Послѣ сказаннаго, становится въ наши дни очевидной вопіющая неправомѣрность римскаго начала повышенія послѣдующихъ ипотекъ при отпаденіи предшествующей ипотеки.

3. Публичная современная ипотека получила доступъ къ обороту на рынкѣ. И въ этомъ свойствѣ рыночнаго блага она заслуживаетъ только поощренія. Свойства ея, какъ рыночнаго блага, одинаково выгодны какъ для кредитора, такъ и для должника. Когда кредиторъ самъ нуждается въ деньгахъ, ему открыты два исхода: востребованіе ипотечнаго долга или сбытъ ипотеки въ 3-и руки. Первый исходъ, при неимѣніи у должника въ данный моментъ наличныхъ денегъ, не всегда удобенъ, не всегда удаченъ и никогда не легокъ для кредитора и уже совершенно пагубенъ для должника. Второй же исходъ можетъ быть легокъ для кредитора и всегда безвреденъ для должника. Онъ будетъ легокъ тогда, когда 3-й пріобрѣтатель ипотекъ, добросовѣстный и возмездный, будетъ защищенъ публицитетомъ ипотекъ противъ возраженій изъ лица предшественника — ипотечнаго кредитора, принадлежащихъ должнику. И это свойство чуждо римской ипотекѣ. Отчасти оно проводилось Ландрехтомъ, но недостаточно послѣдовательно.

И требовалась реформа права, которая провела бы неоспоримость публичной ипотеки послѣдовательнѣе.

4. Были и другія еще условія, влекшія ипотеку на ту же новую дорогу.

Реальный кредитъ, въ противоположность личному кредиту, долгосроченъ по своей природѣ и задачѣ. Дернбургъ [1]) свидѣтельствуетъ, что и по настоящее время въ Пруссіи курсируютъ ипотечныя свидѣтельства крупныхъ рыцарскихъ имѣній, возникшія въ концѣ 17 и началѣ 18 столѣтія. Но если такіе случаи рѣдки, то не рѣдки другіе случаи, когда ипотека существуетъ

[1]) Dernburg u. H., Das preuss. HR. I 30 прим. 11.

полустолѣтіе и болѣе. Сколько за это время перемѣнится собственниковъ въ эпоху тенденціи собственности къ движенію. Сколько перемѣнъ произойдетъ въ составѣ и цѣлостности имѣнья. Все это не противно природѣ ипотеки, какъ вещнаго права. Но какъ быть тутъ съ личнымъ требованіемъ и со взглядомъ на ипотеку какъ на акцессорій къ личному требованію. Личныя требованія по идеѣ—переходящія отношенія. Ихъ соціальное значеніе сводится къ преходящему отношенію между членами общества. (Вотъ почему мы и наблюдаемъ въ исторіи права, что тамъ, гдѣ личное отношеніе начинаетъ служить длящейся цѣли, оно вырождается въ вещное отношеніе). Соединить личное отношеніе съ вещнымъ, а тѣмъ болѣе ставить вещное отношеніе въ зависимость отъ личнаго при новыхъ условіяхъ и теоретически едва ли правильно и практически опасно. При акцессорной природѣ ипотеки невольно приходится допускать возраженіе на ипотеку изъ личнаго требованія. А сколько процессовъ можетъ породиться отсюда, когда требованіе существуетъ съ незапамятныхъ временъ. Устранить же возраженія на публичную ипотеку изъ негласнаго личнаго требованія значитъ, въ сущности, уничтожить акцессорную природу ипотеки.

Но, помимо того, когда кредиторъ не получитъ удовлетворенія изъ ипотеки, онъ, при акцессорной природѣ ея, можетъ направить взысканіе на личнаго должника. А гдѣ отыскать его черезъ 50 или 100 лѣтъ. Да и будетъ ли уже правомѣрно привлекать его къ отвѣтственности, когда кредиторъ вѣрилъ ипотекѣ и оставлялъ личное отношеніе безъ вниманія до той поры, когда ипотека перестала внушать довѣріе, можетъ быть, по небреженію кредитора, и когда, во всякомъ случаѣ, личный должникъ давно уже выступилъ изъ главнаго экономически ипотечнаго отношенія. Установить же законную экспексуацію должника отъ личнаго обязательства съ отчужденіемъ обремененной ипотекой недвижимости значитъ подвергнуть кредитора риску, что имѣнье перейдетъ въ ненадежныя руки. Словомъ, долгосрочный реальный кредитъ требовалъ отрѣшенія ипотеки отъ личнаго обязательственнаго отношенія. По вышеуказаннымъ соображеніямъ послѣднее не только не могло быть главнымъ требованіемъ, но съ трудомъ могло быть признано и акцессоріемъ къ вещному праву; правда, когда личное требованіе служитъ акцессоріемъ ипотеки, оно оказываетъ кредитору услугу, такъ какъ даетъ ему въ лицѣ экзекуціи на движимости болѣе легкое средство осуществленія притязанія объ уплатѣ %-овъ и т. д. Но и тутъ отношеніе является все же неуклюжимъ и не устраняетъ того разлада двухъ связанныхъ между собою, но по природѣ разныхъ правъ, который сказывается при дѣйствіи начала акцессорнаго значенія ипотеки. Гармонію могла бы внести экспексуація личнаго должника, которая, при второстепенномъ значеніи личнаго требованія, могла быть организована свободнѣе и проще, безъ ущерба для интересовъ сторонъ; но все это осложняло бы и запутывало, въ общемъ, ипотечное право. Соединеніе обоихъ правъ могло быть лишь предоставлено спеціальному соглашенію сторонъ и означать корреальное отношеніе.

Со временемъ въ соціальномъ строѣ современныхъ народовъ замѣчается

величайшей важности явленіе, это именно развитіе капиталистическаго строя хозяйства. Это развитіе кредитнаго хозяйства создавало новое и широкое поприще для примѣненія капитала и отвлекало послѣдній отъ сельскаго хозяйства въ промышленность. Современныя государства, въ свою очередь, становятся крупными должниками, выпускаютъ массу государственныхъ цѣнныхъ бумагъ и также предъявляютъ спросъ на капиталъ, привлекая его къ себѣ въ услуженіе, а между тѣмъ сельское хозяйство испытываетъ большую, чѣмъ прежде, потребность въ капиталѣ, не только вслѣдствіе повышенія культуры сельско-хозяйственной, но и вслѣдствіе замѣны крѣпостного рабочаго наемнымъ рабочимъ и т. д. Въ виду того, что организованныя кредитныя общества, по самымъ условіямъ ихъ дѣятельности, не могли всецѣло удовлетворять запросамъ на кредитъ, предъявляемымъ сельскими хозяевами, такъ какъ для вѣрности своей дѣятельности они вынуждались ограничивать ссуды скромнымъ %-мъ отношеніемъ къ цѣнѣ имѣній, и этотъ % устанавливался нормальнымъ уставомъ ихъ, то для конкурренціи сельскаго хозяина съ промышленникомъ и государствомъ потребовалось, чтобы сельскій хозяинъ могъ выставить болѣе или менѣе сходныя условія кредита подъ индивидуальную ипотеку, съ тѣми, которыя выставляютъ промышленникъ и государство. Однимъ изъ такихъ условій является сходство ипотечнаго свидѣтельства съ бумагой на предъявителя по быстротѣ и легкости обращенія. Это была новая побудительная причина для такой организаціи ипотеки, чтобы ипотечныя свидѣтельства вращались на биржѣ. Организація ипотечныхъ свидѣтельствъ въ правѣ Ландрехта не отвѣчала этому требованію. Реформа права призывалась уравнять положеніе конкуррирующихъ потребителей капитала. Для этого требовалось упрощеніе производства по установленію, передачѣ и осуществленію ипотечнаго отношенія до послѣдней возможности, равно требовалось отрѣшить ипотечное отношеніе отъ личнаго требованія, чтобы устранить возможность возраженій на ипотеку изъ личнаго отношенія, особенно когда ипотека перешла въ 3-и руки. По мѣрѣ того, какъ ипотека становится рыночнымъ благомъ, все интимное личное отношеніе перваго кредитора и должника силой вещей должно отпасть и ипотека должна внушать довѣріе лишь сама собою. Въ широкомъ оборотѣ личное и субъективное должно было невольно уступить вещному и объективному.

Мы уже видѣли, далѣе, какія соображенія привели законодателя къ созданію ипотеки собственника въ случаѣ стеченія въ однѣхъ рукахъ собственности на недвижимость и ипотеки. Со временемъ жизнь стала выдвигать начало, чтобы собственникъ съ самаго начала могъ установить ипотеку на свое имя. Это было важно практически. Собственникъ могъ тогда явиться на рынокъ съ готовой ипотекой и соображаться въ своей дѣятельности съ положеніемъ рынка. При оживленіи спроса на ипотеки—реализовать сначала послѣдующія ипотеки, при упадкѣ же спроса пустить въ ходъ предшествующія ипотеки. Кредиторъ, въ свою очередь, охотнѣе открывалъ кредитъ подъ готовую ипотеку, чѣмъ подъ будущее установленіе ипотеки, такъ какъ въ первомъ случаѣ онъ былъ гарантированъ отъ всѣхъ тѣхъ опасностей, ко-

торыя сопряжены для него съ процедурой пріобрѣтенія ипотеки. Въ этомъ отношеніи ипотека собственника давала преимущества сравнительно съ институтомъ открытаго мѣста для будущей ипотеки.

Позднѣе къ этимъ практическимъ цѣлямъ присоединяются теоретическія соображенія въ пользу института ипотеки собственника, им. послѣдовательность обработки новаго права, при которой римскій принципъ confusio вещнаго права и собственности, сошедшихся въ однѣхъ рукахъ, былъ принципіально отвергнутъ.

Мы видѣли, какъ рано правительство пытается отвѣтить всѣмъ этимъ потребностямъ практической жизни путемъ частичной передѣлки стараго права, и какъ подобная политика только увеличивала путаницу понятій. Отсюда опять сказывалась потребность коренной реформы права, которая привела бы единство и послѣдовательность въ систему ипотеки.

III. При указанной тенденціи современной ипотеки къ мобилизаціи, громоздкій механизмъ прежняго ипотечнаго режима становился, въ свою очередь, невыносимъ, правительство кое-что дѣлало и тутъ,—но частичная починка не могла итти далеко, и требовалась коренная передѣлка формальнаго права ипотеки въ новомъ направленіи упрощенія.

IV. Современемъ и въ другихъ областяхъ права, соприкосновенныхъ съ ипотечнымъ режимомъ, наступили измѣненія.

1. Въ области публичнаго права измѣнились взгляды на отношеніе власти къ обществу.

Опекунское отношеніе суда къ публикѣ, на которомъ было построено законодательство Фридриха В., все болѣе и болѣе представлялось прогрессивной и интеллигентной части общества сомнительнымъ по достоинству. Вмѣстѣ съ ростомъ довѣрія къ обществу, которое замѣчалось въ соціально-политической жизни страны, чиновники должны были утратить свою прежнюю роль главныхъ представителей довѣрія. Прежде всего это обнаруживается въ гражданскомъ процессѣ, гдѣ (1833—1846 гг.) начало инквизиціи было оставлено и возвратились къ началу эвентуальному и къ формамъ общаго процесса. Но затѣмъ то же направленіе, которое привело въ гражданскомъ процессѣ къ Verhandlungsmaxime, должно было естественнымъ образомъ направиться и противъ принципа легалитета въ ипотечномъ дѣлѣ [1]).

2. Цѣлый рядъ другихъ процессуальныхъ реформъ, осуществившихся начиная съ 1822 г. и вплоть до 1855 г., направлялись на замѣну прежняго медлительнаго и щадящаго должника экзекуціоннаго производства—быстрымъ, безпощаднымъ и вѣрнымъ производствомъ, цѣлившимся обезпечить особенно интересы личнаго кредита, все развивающагося по мѣрѣ развитія промышленной жизни страны. Это улучшеніе правового положенія личнаго кредита должно было имѣть своимъ послѣдствіемъ какъ относительное отвлеченіе капиталовъ отъ реальнаго кредита, такъ особенно относительный упадокъ практическаго значенія ипотеки, какъ основы кредита, тѣмъ болѣе, что личному

---

[1]) Dernburg u. Hinrichs. I 47 стр.

кредитору было дано и легкое средство вступленія въ ряды ипотечныхъ кредиторовъ. И хотя личный кредитъ могъ служить на пользу землевладѣльцу, но еще больше онъ оказывалъ убыточное вліяніе на реальный кредитъ [1]).

Отсюда являлась потребность произвести въ самой организаціи ипотеки такія измѣненія, которыя выдвинули бы специфическія особенности и выгоды ипотечнаго кредита.

V. Въ то время мало думали о томъ, что реформа права ипотеки еще не имѣетъ всемогущаго значенія для успѣха реальнаго кредита, и что для этого успѣха необходима наличность ряда другихъ условій; но, тѣмъ не менѣе, умы остановились на правовой реформѣ, такъ какъ послѣдняя больше была во власти человѣка, чѣмъ прочія условія, неблагопріятно слагавшіяся для реальнаго кредита [2]).

VI. На сторону реформаціоннаго движенія, первоначально опредѣлявшагося экономическими соображеніями и не шедшаго въ обработкѣ новшествъ дальше эмпиріи и практическихъ соображеній, теперь становится и научное движеніе, принимающее постепенно все болѣе и болѣе широкіе размѣры. Научное движеніе особенно останавливается на новшествахъ, которыя вторгались въ римскую догму ипотеки; а такъ какъ новшества эти слишкомъ рѣзко расходились съ римской догмой, то источникъ ихъ стали видѣть въ германскомъ, національномъ правообразованіи и практическихъ потребностяхъ новаго времени.

VII. Въ реформаціонномъ движеніи значительную роль играло и сравненіе Прусскаго права съ правомъ сосѣднихъ странъ, особенно Мекленбурга; успѣхи мекленбургскаго ипотечнаго режима, выразившіеся въ блестящемъ состояніи реальнаго кредида въ Мекленбургѣ, привлекали вниманіе прусскихъ государственныхъ людей, при чемъ послѣдніе не принимали въ разсчетъ тѣхъ бытовыхъ особенностей Мекленбурга, не встрѣчающихся въ Пруссіи, которыя оказывали не малое вліяніе на успѣхъ самаго режима.

По мѣрѣ того, какъ измѣнялись бытовыя условія и право все менѣе удовлетворяло потребностямъ жизни, все громче раздавались голоса, требующіе реформы, и правительство Пруссіи, удивительно чуткое къ потребностямъ жизни, принимаетъ все болѣе и болѣе энергичныя мѣры къ удовлетворенію назрѣвающихъ потребностей путемъ улучшенія дѣйствующаго права.

§ 82. Реформаціонное движеніе первой поливины 19 ст.

Уже изъ очерка судебъ устава 1783 г. и Ландрехта 1794 г. мы знаемъ, какъ правительство старается приноровить право этихъ памятниковъ къ жизни, и для этого не только издаетъ рядъ рескриптовъ, смягчающихъ и упрощающихъ суровый и сложный механизмъ ипотечнаго режима, созданный указанными памятниками, но уже въ концѣ прошлаго вѣка, почти тотчасъ же за публикаціей Ландрехта, учреждаетъ особую законодательную комис-

1) Dernburg u. Hinrichs, I 47 и слѣд.
2) Dernburg u. H., eod.

сію, которой и ввѣряетъ пополненіе пробѣловъ права и приноровленіе права къ жизни, а въ 1815 г. учреждаетъ при министерствѣ юстиціи особую инстанцію для окончательнаго разрѣшенія сомнѣній, возникающихъ въ области безспорной юстиціи. Мы видѣли, какъ эти учрежденія воспользовались своимъ правомъ.

Но всего этого оказалось недостаточно.

I. Послѣ крутыхъ реформъ, имѣвшихъ мѣсто въ первыя десятилѣтія 19 в., пересоздавшихъ соціальный строй прусскаго общества, и послѣ присоединенія въ 15 году новыхъ областей съ иными формами землевладѣнія и съ инымъ общимъ строемъ гражданственности, на которыя, однако, прусское правительство распространяетъ дѣйствіе прусскаго права, провозглашается общая ревизія всего прусскаго законодательства. Ревизія ипотечнаго права формальнаго и матеріальнаго отходитъ къ Pensum III der Revisions-Arbeiten.

Ревизія вызвала большое оживленіе въ обществѣ, и на имя ревизора поступили отъ разныхъ установленій и лицъ многочисленныя предложенія, касающіяся измѣненій какъ общихъ основъ ипотечнаго режима, такъ и деталей его, иногда необыкновенно смѣлыя и остроумныя.

Ober-Landesgericht zu Insterburg предлагалъ ввести полную вотчинную систему и связать ее съ точнымъ кадастромъ и съ планами въ ипотечныхъ книгахъ, наподобіе Акта Торренса, ибо только такая система можетъ поставить оборотъ на твердую почву.

Tortilowitz v. Batocki предлагаетъ возвести въ норму права водворившуюся въ оборотѣ и въ понятіяхъ общества самостоятельность ипотеки и независимость ея ни отъ какого личнаго требованія, такъ какъ акцессорная природа ипотеки вноситъ въ оборотъ путаницу тогда, когда черезъ десятки лѣтъ по установленіи ипотеки послѣдняя оказывается неудовлетворительной экономически, и когда потому кредиторъ направляетъ взысканіе на личнаго должника, фактически, а иногда и юридически, давно вышедшаго изъ правоотношенія.

Hoffiscal Zittelmann zu Stettin и Kön. Ober.-Landesgericht zu Naumburg предлагаютъ установить ипотечное свидѣтельство на предъявителя, какъ условіе для легкаго обращенія свидѣтельствъ въ публикѣ.

Ober-Appz.-Gericht zu Posen предлагалъ даже монетизацію земельной собственности.

Множество предложеній касалось упрощенія ипотечнаго режима для мелкихъ владѣній, им. предлагалось ввести для залога ихъ способъ, существующій для залога кораблей, т. е. путемъ врученія кредитору купчей съ отмѣткой о залогѣ, и этимъ ограничить публицитетъ ипотеки при мелкихъ владѣніяхъ; далѣе,—упрощенія ипотечныхъ свидѣтельствъ, такъ какъ свидѣтельства, составляемыя по правиламъ устава 1783 г., на практикѣ нерѣдко достигаютъ центнера вѣсомъ (или 106 Riesz 379 Bogen); отмѣны легалитета, какъ невыносимаго тормаза оборотовыхъ отношеній; болѣе строгаго проведенія спеціалитета, — даже недопущенія кумулятивной ипотеки; самостоятельнаго положенія ипотечныхъ установленій, отдѣльныхъ отъ судовъ.

Ревизоръ отнесся вообще къ предложеніямъ съ большимъ вниманіемъ и сдержанностью; наиболѣе радикальныя онъ отвергъ, какъ „далеко не новыя, уже испытанныя и оказавшіяся нездоровыми вслѣдствіе ихъ способности вызывать мобилизацію земельной собственности“. Утвердившись на началахъ уже дѣйствующаго права, ревизоръ лишь находитъ необходимыми детальныя исправленія его, какъ-то: послѣдовательное проведеніе идеи строго-ипотечной системы и исключеніе всего того, что относится до вотчинной системы; упрощеніе строенія ипотечныхъ свидѣтельствъ; единовременное приведеніе въ извѣстность всѣхъ владѣній и, какъ правило, Besitztitelberichtigung,—лучше всего въ видѣ пересылки нотаріусами сдѣлокъ въ ипотечныя установленія; возможно экстрактивный характеръ записи въ книгу; сочетаніе момента предъявленія права къ записи и момента самой записи при рѣшеніи вопроса о пріоритетѣ правъ; полное проведеніе начала спеціалитета суммы, но не объекта, допущеніе кумилятивной ипотеки; введеніе легалитета въ болѣе узкія рамки, чѣмъ это дѣлаетъ уставъ 1783 г.; строго-акцессорная природа ипотеки; точный перечень титуловъ законной ипотеки,—уложеніе знаетъ такихъ титуловъ 42,—ревизоръ оставляетъ ихъ только 8, безъ всякаго ущерба для кого-либо; отмѣна спеціальнаго еще согласія собственника на запись ипотеки; упраздненіе всякаго значенія за титуломъ ипотеки (Ландрехтъ, какъ мы знаемъ, отчасти еще придавалъ значеніе и простому титулу ипотеки); расширеніе дискреціонной власти ипотечнаго установленія на случай дробленія заложенныхъ имѣній, въ интересахъ большей свободы движенія собственности; признаніе ипотеки собственника не какъ сукцессіи или цессіи прежней ипотеки, а какъ права распоряженія собственника, какъ такового, открытымъ мѣстомъ ипотеки,—отсюда недопущеніе собственника къ полученію въ конкурсѣ доли цѣны имѣнья, причитающейся на открытое мѣсто. Въ этомъ духѣ ревизоръ и составилъ мотивированный проектъ, не возымѣвшій, впрочемъ, движенія [1]).

Ревизія законовъ, хотя она и не имѣла непосредственныхъ результатовъ, тѣмъ не менѣе освѣтила достоинства и недостатки дѣйствующаго права и оставила глубокій слѣдъ въ сознаніи общества и правительства. Она намѣчала путь законодателю и долго служила предметомъ значительнаго вниманія реформаторовъ, не разъ подсказывая потомъ законодателю рѣшеніе того или иного детальнаго измѣненія въ ипотечномъ режимѣ.

II. Но непорядки въ вотчинномъ оборотѣ становились все чувствительнѣе, какъ отъ общей громоздкости режима, такъ, особенно, отъ запутанности понятія ипотеки, возникшей съ Anhang § 52, и сбивчивости во взглядахъ на способъ пріобрѣтенія собственности. Непорядки привлекали уже вниманіе литературы, въ то время еще довольно глухой къ новому теченію въ области вотчиннаго права. Въ 1831 г. почти одновременно выходятъ двѣ

---

[1]) Gesetz-Revision. III Pensum. Motive zu den von Revisor vorgelegten Entwürfen des mater. Pf.- u. Hyp.-Rechts, der HO. u. der Prior.-Og. Bd. I, u. II. Berlin 1829. Als Manuscript abgedruckt. Тамъ все вышеизложенное о ревизіи законовъ.

работы, посвященныя главнымъ проблемамъ новаго права. Одна работа Von *** (Koch) [1]) посвящается новому явленію въ области матеріальнаго ипотечнаго права, им. Anhang § 52, и подчеркиваетъ запутанность понятія ипотеки, требующую послѣдовательной разработки института на тѣхъ или иныхъ началахъ, такъ какъ путаница понятія вредно отражается не только на теоретическомъ пониманіи ипотеки, но и на практикѣ; другая же работа v. Voss [2]) посвящается непорядкамъ въ области отношеній по собственности, хотя не оставляетъ безъ вниманія и всей вообще ипотечной системы.

Отмѣчая всѣ, намъ уже извѣстные, недочеты дѣйствующаго режима, v. Voss усматриваетъ выходъ изъ затруднительнаго положенія въ созданіи одновременно 3-хъ организацій ипотечнаго режима: 1) нормальной, упрощенной, по образцу французскаго типа того времени, т. е. покоющейся не на реальной, а на личной системѣ ипотечнаго листа, но все же публичной. Эта организація, не столь надежная, но болѣе дешевая, признается авторомъ достаточной для мелкаго землевладѣнія; 2) болѣе сложной и надежной, но и болѣе дорогой организаціи режима, наподобіе дѣйствующей въ Пруссіи; эта организація, болѣе пригодная для крупнаго землевладѣнія, необязательная и избирается по волѣ собственниковъ; 3) корпоративной, кредитной организаціи, наподобіе дворянскихъ кредитныхъ обществъ, при чемъ, извнѣ эти общества должны гарантировать экономическую цѣнность ипотеки, а изнутри — члены общества отвѣчаютъ всѣмъ своимъ имуществомъ за дѣйствія общества; этимъ путемъ авторъ надѣется развить кредитъ мелкихъ землевладѣльцевъ, и потому 3-й видъ организаціи является дополнительнымъ къ первому виду ея (но не обязательнымъ), подобно тому, какъ дворянскія кредитныя общества дополняютъ кредитныя отношенія крупныхъ владѣній.

За одновременную организацію двухъ системъ режима, французской— для мелкаго землевладѣнія и прусской—для крупнаго, высказывается позднѣе и Bornemann [3]).

Однако, изслѣдованіе французской системы правительствомъ дало неблагопріятные результаты [4]), и правительство, отвѣтивъ на потребности жизни сначала лишь отдѣльными предписаніями детальнаго свойства [5]), ставитъ въ 1841 г. въ Kab.-Ordre отъ 12 іюля на очередь и общую ревизію ипотечнаго режима, особенно формальнаго ипотечнаго права; предписаніе ревизіи послѣдовало на годовой отчетъ мин. юст. Mühler'a; оно намѣчало и рядъ основныхъ вопросовъ, которые должны были руководить ревизорами, какъ-то: а) возможно ли совершеніе ипотечныхъ сдѣлокъ сдѣлать менѣе труднымъ;

[1]) „Ist die Hyp. nach dem Preuss. Recht ein accessorisches, oder ein selbständiges dingliches Recht?".

[2]) „Bemerkungen u. Vorchläge zur Revision der HO". Berlin.

[3]) System des Civ.-R. Ed II Bd. 2, стр. 124.

[4]) Philippi, 94 стр. см. въ Min.-Ldw. Denkschrift, стр. 111.

[5]) Отчасти эти предписанія намъ уже извѣстны, напр. предписаніе, отмѣнившее принудительную явку титуловъ пріобрѣтенія; изъ другихъ же укажемъ на VOg. v. 1 Juni 1833 и VOg. v. 4 Mz. 1834, внесшія большую обработку и скорѣйшее теченіе секвестраціи и субгастаціи.

b) документы объ ипотекахъ—проще и обозримѣе; c) установить начало обжалованія дѣйствій ипотечнаго судьи въ судъ высшей инстанціи.

Ревизія вызвала массу предложеній, послѣдовавшихъ со стороны Ober-Gerichts-Präsidien. Министръ юстиціи Mühler въ своемъ Votum v. 2 Aug. 1842 многія изъ нихъ призналъ значительными и въ 20 №№ предложилъ Staats-Ministerium. Между прочимъ предлагалось: 1) выдѣлить ипотечное дѣло изъ завѣдыванія судовъ, такъ какъ въ рукахъ судовъ ипотечное дѣло не способно пріобрѣсти необходимую ему быстроту производства; 2) ввести соотвѣтствующія съ этимъ выдѣленіемъ измѣненія въ совершеніи и веденіи ипотечнаго дѣла, особенной критикѣ было подвергнуто начало легалитета; 3) преобразовать форму ипотечныхъ книгъ; 4) ограничить кругъ записываемыхъ моментовъ; 5) возстановить принудительное исправленіе титула; 6) допустить ипотечныя свидѣтельства на предъявителя; 7) признать обязательной запись цессіи ипотекъ и поставить запись условіемъ дѣйствительности цессіи; 8) установить погашеніе записанныхъ постовъ на основаніи одной квитанціи послѣдняго записаннаго кредитора. Эти предложенія, какъ и вопросы, поставленные правительствомъ, носятъ черты вліянія результатовъ ревизіи законовъ 20-хъ годовъ, работы v. Voss., а отчасти даже французскихъ порядковъ.

Министръ, однако, устранилъ предложенія, касавшіяся матеріальнаго ипотечнаго права, и оставилъ лишь тѣ, которыя касались формальнаго права.

Однако, движеніе не дало никакихъ практическихъ результатовъ [1]).

III. 1848 годъ принесъ съ собою либеральный и даже радикальный Amtlichen Entwurf einer neuen HO. für den Preussischen Staat, составленный Кохомъ по порученію министра юстиціи Maerker'а. Объяснительная записка осуждаетъ окончательно начало легалитета, какъ несогласное съ свободой гражданскаго оборота, и высказывается за французскій принципъ ипотечнаго режима, согласно которому всякій гражданинъ заботится самъ о себѣ, ипотечное же установленіе является чисто пассивнымъ орудіемъ частной воли.

И въ подробностяхъ проектъ богатъ многими новшествами.

1. Ипотечное дѣло отбирается отъ судовъ и ввѣряется особымъ единоличнымъ органамъ (H.-Buchführern или Jngrossatoren).

2. Въ существенномъ ипотечныя книги организуются по формѣ устава 1783 г.

3. Не допускается соединеніе нѣсколькихъ участковъ на одномъ листѣ, въ цѣляхъ спеціализаціи объекта.

4. Не допускается и обремененіе одной ипотекой нѣсколькихъ объектовъ подъ страхомъ ничтожности всѣхъ записей, кромѣ первой, — очевидно, въ тѣхъ же цѣляхъ спеціализаціи объекта.

Отдѣленіе и особое отчужденіе отдѣльныхъ долей допускается только тогда, когда всѣ книжные реально-управомоченные на то согласятся, или когда участокъ освобождается отъ лежащихъ на немъ тяготъ.

---

[1]) Данныя не отпечатаны, и мы приводимъ ихъ по Denkschrift, Min.-Ldw., стр. 112 и слѣд.

5. Не допускается и дѣленіе поста и цессія доли поста,—это дѣлается съ той цѣлью, чтобы постъ третировался какъ недѣлимое цѣлое, какъ закладной листъ.

6. Всѣ подлежащія записи отмѣтки вручаются ипотечному чиновнику уже формулированными письменно самими сторонами, при случаѣ съ помощью нотаріуса и удостовѣреніемъ послѣдняго, а когда правоотношеніе возникло по приговору суда, то судъ формулируетъ проектъ записи его. Ипотечный чиновникъ записываетъ эти формулы дословно и изслѣдуетъ только внѣшнія условія правомѣрности сдѣлки и только за это отвѣчаетъ; внутреннія же условія правомѣрности ея не подлежатъ изслѣдованію и не служатъ препятствіемъ для записи.

7. Цессіи записанныхъ ипотекъ могутъ быть устно заявляемы сторонами, и тогда онѣ записываются въ присутствіи сторонъ въ ипотечную книгу.

8. Установленіе ипотеки допускается только со стороны книжнаго собственника, но при записи послѣдняго не требуется запись промежуточныхъ владѣльцевъ между нимъ и предшествующимъ книжнымъ собственникомъ.

9. При записи титула владѣнія ипотечный чиновникъ смотритъ только на то, записанъ-ли авторъ пріобрѣтателя, какъ владѣлецъ, или хотя обозначенъ-ли онъ, какъ промежуточный владѣлецъ въ формулѣ достаточнымъ образомъ и приложенъ-ли актъ пріобрѣтенія въ доказательство того, и т. п.

10. Владѣлецъ недвижимости можетъ въ любомъ числѣ, въ одно или разное время записать ипотеки на свое имя и потомъ цедировать ихъ 3-мъ лицамъ.

11. Всякій, вступающій съ владѣльцемъ по поводу участка въ сдѣлку, самъ изслѣдуетъ дѣйствительность записываемаго титула владѣнія, такъ что книга не публикуетъ отношеній собственности (какъ во Франціи въ то время). Но ипотеки въ рукахъ 3-го добросовѣстнаго пріобрѣтателя не подлежатъ оспариванію.

12. Ипотечныя свидѣтельства представляютъ собою удостовѣренныя копіи ипотечнаго листа и выдаются только pro informatione, а не in vim recognitionis. Отсюда, изслѣдованіе ихъ не обязательно и можетъ быть замѣнено осмотромъ самой книги. Этотъ осмотръ открывается всякому гражданину [1]).

Проектъ вызвалъ острую критику со стороны Sprickmann-Kerkerinck [2]), Sommer [3]) и Bonstedt [4]). Нападали, главнымъ образомъ, на то, что проектъ хочетъ вовсе упразднить легалитетъ, а между тѣмъ только перемѣщаетъ его изъ вѣдомства ипотечныхъ установленій въ вѣдомство нотаріата; это же перемѣщеніе крайне неудачное, такъ какъ нотаріусы не обязаны отвѣчать за

---

[1]) Излагаю по Min. Landw. Denkschrift, стр. 113 и сл.

[2]) Prüfung des amtlichen Entwurfs einer neuen HO. Arnsberg 1848.

[3]) Recension на проектъ и на Kerkerinck въ Ulrichs Neues Archiv für Preuss. Recht, Bd. XIV, стр. 170 (1850).

[4]) Въ Justiz-Min.-Bl. за 1848, стр. 360, и въ Nichtamtliche Entwurf einer neuen HO. Berlin 1849.

внутренніе пороки сдѣлокъ и вообще не отличаются большой внимательностью къ интересамъ темнаго люда. Упрекали и за исключеніе проектомъ корреальной ипотеки, находя послѣднюю особенно полезной при мелкомъ и раздробленномъ землевладѣніи, гдѣ кредитъ легче найти подъ совокупность парцеллъ, чѣмъ подъ отдѣльныя парцеллы. Осуждали и начало записи отдѣльныхъ парцеллъ на самостоятельные ипотечные листы. Впрочемъ, критика не отрицала, что дѣйствующее право оставляетъ желать лучшаго, какъ равно и проектъ содержитъ и заслуживающія вниманія предложенія. Критика находила, однако, несвоевременной реформу уже потому, что обновленная страна находится наканунѣ реформъ общихъ основаній правовой жизни и частичная реформа ипотечнаго режима можетъ быть болѣе умѣстной по завершеніи тѣхъ реформъ. Наконецъ, критика не усматривала и такой уже настоятельной надобности въ реформѣ ипотечнаго права.

И законодательство не спѣшило. Проектъ 1848 г. былъ отозванъ слѣдующимъ же министерствомъ. И дѣло ограничилось лишь тѣмъ, что въ 1849 г. вводится новая судебная организація, при которой суды раздѣляются на 2 отдѣла и одинъ изъ отдѣловъ призывается завѣдывать безспорной юстиціей, т. е. ипотечнымъ дѣломъ.

IV. 29 апр. 1852 г. въ I камерѣ прусскаго ландтага вносится предложеніе, чтобы правительство благоволило представить законопроектъ, направляющійся на упрощеніе ипотечнаго режима. На этотъ разъ правительство отозвалось рѣшительнѣе, и въ результатѣ законодательныхъ работъ получилась такъ наз. Hypotheken-Novelle 24 Mai 1853 [1]).

Новелла не затронула старыхъ основъ и только старалась, по возможности, освободить ипотечную книгу отъ многословныхъ отмѣтокъ о записи а также придать ипотечнымъ инструментамъ простѣйшую и легко обозримую форму тѣмъ, что цессіи и другіе легитимаціонные акты не подлежатъ по новеллѣ пріобщенію къ ипотечнымъ инструментамъ и только существенныя для оборота отмѣтки помѣщаются въ инструментахъ въ извлеченіи, тогда какъ раньше ипотечное свидѣтельство повторяло слово въ слово весь ипотечный листъ имѣнья. Рядомъ было уменьшено число случаевъ записи ex officio. Было облегчено позднѣйшее повышеніе %'а для уже записанныхъ ипотекъ, упрощена запись ипотекъ и погашеніе ихъ. Короче, изъ существующаго было опущено все, что могло быть опущено ради устраненія ненужныхъ пространностей и сбереженія безполезныхъ расходовъ [2]).

V. Весьма значительные успѣхи новеллы 1853 г. не удовлетворили общество, и требованіе реформы не только не прекратилось, но еще усилилось послѣ того, какъ возстановилось поколебленное революціей 1848 г. и вос-

---

[1]) GS. за 1853, стр. 521. Законопроектъ съ мотивами отпечатанъ въ № 209 Drucksachen der II Kammer. Ср. также Drucksachen № 310 и Drucksachen der I Kammer №№ 256, 379, 414. Инструкція министра юстиціи отъ 3 авг. 1853 г. въ Just.-Min.-Bl. 275 стр.

[2]) Ср. Dernburg u. Hinrichs I, 51, Min.- Ldw. Denkschrift 115—116 стр.

точной войною коммерческое довѣріе къ торговлѣ, которая снова развивалась въ колоссальныхъ размѣрахъ и отвлекала капиталъ отъ ипотекъ въ доходныя спекуляціи съ государственными бумагами и желѣзно-дорожными акціями.

Немедленно же за новеллой появляются работы двухъ талантливыхъ государственныхъ дѣятелей Пруссіи, не оставшіяся безъ вліянія на ходъ законодательныхъ работъ въ изслѣдуемой области въ Пруссіи, именно члена оберъ-трибунала Meyer [1]) и президента оберъ-трибунала и члена палаты господъ v.-Goetze [2]).

Meyer, отмѣчая громоздкость и дороговизну ипотечнаго механизма и производства, запутанность матеріальнаго права ипотеки и собственности, порождающую безконечныя колебанія судебной практики, общую ненадежность и неполноту ипотечной книги, неудовлетворительность организаціи экзекуціи, несоотвѣтствіе условіямъ времени начала легалитета, открывающаго на дѣлѣ лишь широкій просторъ произволу ипотечнаго чиновника, безъ дѣйствительной пользы для цѣли, предлагаетъ: легалитетъ свести къ одному только установленію внѣшнихъ условій дѣйствительности предъявляемой сдѣлки, ипотечную книгу сдѣлать полной и придать ей исключительно рѣшающую роль въ дѣлѣ ознакомленія публики съ правоотношеніемъ по недвижимостямъ, пріобрѣтеніе права собственности организовать исключительно на началѣ записи въ вотчинную книгу, такъ чтобы отношенія незаписанныя сводились къ чисто обязательственнымъ отношеніямъ, признать ипотеку самостоятельной, значеніе ипотеки собственника ограничить лишь тѣмъ, чтобы собственникъ могъ отчуждать ее, но не могъ получать на нее въ конкурсѣ долю цѣны недвижимости, отмѣнить корреальную ипотеку, вносящую путаницу въ отношенія, особенно при допущеніи ипотеки собственника, провести строгій спеціалитетъ суммы, ввести возможное упрощеніе, безъ ущерба дѣлу, въ организацію вотчинныхъ и ипотечныхъ инструментовъ и въ производство записей и погашеній, выяснить различіе протестацій pro conservando loco et jure и de non disponendo, провести послѣдовательно начало, чтобы ипотечное установленіе дѣйствовало только по частной иниціативѣ, но не ex officio, отмѣнить exceptio non num. pecuniae, безъ нужды осуждающую записанное право въ теченіе 38 дней на бездѣйствіе. Въ области права субгастаціи Мейеръ намѣчаетъ опять рядъ измѣненій, направляющихся на примиреніе интересовъ отвѣтчика, адъюдикатарія, истца и 3-хъ лицъ, каковое примиреніе забывается новѣйшими законами за главной цѣлью ихъ, именно быстротою экзекуціоннаго производства, мало помогающей при невниманіи къ другимъ интересамъ.

Goetze еще въ 1844 г. былъ командированъ министромъ юстиціи въ Мекленбургъ для изученія мекленбургскаго ипотечнаго режима и результаты

---

[1]) Die Preuss. Hyp.- u. Subh.-Gesetzgebung. Von Meyer. Berlin 1854.

[2]) Die Reform des Hyp.-Wesens. Berlin 1857. Эта работа вышла въ свѣтъ послѣ того, какъ болѣе 10 лѣтъ циркулировала въ рукописи въ правительственныхъ сферахъ.

своихъ изслѣдованій изложилъ въ докладѣ отъ 1846 г. министру юстиціи. Предложенія Goetze не привели къ практическимъ результатамъ вслѣдствіе революціи 1848 г. Когда въ 1853 г. была издана новелла, мало кого удовлетворившая, Goetze, „по настоянію лица, не подчиниться которому онъ не находилъ возможнымъ", отпечаталъ указанный докладъ въ видѣ брошюры въ цѣляхъ приданія своимъ взглядамъ возможно широкой гласности. Міровоззрѣніе Goetze носитъ вліяніе мекленбургскихъ порядковъ, но авторъ, въ духѣ порученія, ограничивается развитіемъ идей лишь формальнаго ипотечнаго права, вовсе не затрогивая матеріальнаго права.

Авторъ восторженно отзывается о мекленбургскомъ ипотечномъ режимѣ и, отмѣчая, что въ Пруссіи землевладѣлецъ не въ силахъ конкурировать въ спросѣ на капиталъ съ промышленникомъ и государствомъ и вынужденъ обращаться даже къ ростовщическому кредиту, видитъ главную причину тому въ волокитѣ, сложности и дороговизнѣ ипотечнаго производства въ Пруссіи. Исходъ изъ такого положенія авторъ и видитъ въ послѣдовательномъ проведеніи въ прусскій ипотечный режимъ началъ быстроты, простоты и дешевизны производства, наподобіе мекленбургской ипотечной организаціи, такъ какъ это сблизитъ ипотечныя свидѣтельства по способности къ циркуляціи съ бумагами на предъявителя или хотя векселями, при помощи которыхъ конкурренты землевладѣльца главнымъ образомъ и одерживаютъ надъ нимъ побѣду.

Эта общая идея находитъ въ брошюрѣ Goetze талантливѣйшее детальное развитіе.

1. Goetze считаетъ неизбѣжнымъ приспособить ипотечный режимъ особенно для крупныхъ имѣній и также особенно для мелкихъ владѣній, будучи увѣренъ, что больше не найдется лицъ, которыя признавали бы примѣнимымъ одинъ и тотъ же режимъ ко всякаго рода имѣніямъ, безъ вреда для всѣхъ нихъ. Goetze, подобно Voss, рекомендуетъ болѣе развитую систему, которой онъ, впрочемъ, только и занимается, признать за необязательную, будучи увѣренъ, что интересъ самихъ землевладѣльцевъ привлечетъ ихъ къ ней. Система Goetze приноровлена къ рыцарскимъ имѣньямъ.

2. Всѣ новшества, которыя Goetz рекомендуетъ, сводятся, по его мнѣнію, лишь къ болѣе послѣдовательному проведенію уже существующихъ началъ специалитета и публицитета. Развитіе прежняго права прежде всего должно выразиться въ томъ, чтобы книга принадлежала имѣнью, имѣнье носило самостоятельную личность, кредиторъ получалъ непосредственное отношеніе къ имѣнью, при чемъ пріоритетъ права кредитора долженъ быть такъ отчетливо опредѣленъ, чтобы о немъ не могло возникать никакихъ споровъ, а для этого онъ долженъ быть опредѣляемъ исключительно данными ипотечной книги.

3. Производство должно быть легкое, быстрое, простое; акты—краткіе и простые, чтобы осмотръ ихъ представлялъ не больше затрудненій, чѣмъ оборотъ купеческихъ векселей. Въ отдѣльныхъ провинціяхъ полезно ввести сдѣлочныя ярмарки. Производство должно быть дешевымъ. Но вѣрность

производства не должна подрываться, напротивъ, должна быть возвышена.

4. Ипотечное дѣло должно быть отдѣлено отъ суда, такъ какъ послѣдній привыкаетъ къ кропотливому изслѣдованію разсматриваемыхъ имъ дѣлъ, къ требованію дополнительныхъ данныхъ и т. п. и все это въ порядкѣ сложнаго производства, и вноситъ волокиту въ живое по существу и нетерпящее медлительности производства ипотечное дѣло. Ипотечное дѣло должно быть, поэтому, ввѣрено особымъ установленіямъ; положеніе ипотечнаго чиновника должно быть устойчивымъ; округа не должны быть большіе, такъ какъ личное знаніе чиновникомъ мѣстныхъ дѣлъ и лицъ существенно; важенъ выборъ чиновниковъ: такими должны быть лица даровитыя, не старыя; важна ихъ имущественная обезпеченность.

5. Необходимо упрощеніе въ организаціи ипотечной книги, именно нужно упразднить 2-ую рубрику, распредѣливъ ея содержаніе частью между другими рубриками, частью между вотчинными и ипотечными свидѣтельствами.

6. Принципъ легалитета долженъ быть точно ограниченъ изслѣдованіемъ чисто внѣшнихъ условій дѣйствительности сдѣлки, и въ этихъ точныхъ предѣлахъ должна быть усилена отвѣтственность власти за правильность содержанія ипотечной книги и дѣйствій чиновника. Но имущественная отвѣтственность чиновника мало надежна и внушаетъ публикѣ мало довѣрія. Goetze предлагаетъ ввести отвѣтственность государства за дѣйствія ипотечныхъ чиновниковъ. Опытъ Мекленбурга указываетъ, что это не опасно, такъ какъ случаевъ отвѣтственности почти не встрѣчается. А между тѣмъ, государственная гарантія внушаетъ такое довѣріе публикѣ, что капиталъ притекаетъ къ ипотекамъ даже изъ другихъ странъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ Мекленбургѣ.

Но, чтобы государству ничѣмъ не рисковать, Goetze рекомендуетъ взимать при записи ипотекъ $^{1}/_{1000}$ $^{0}/_{0}$-а на основаніе особаго страхового фонда, изъ котораго бы и происходило возмѣщеніе ущерба. Авторъ увѣренъ, что черезъ 20 лѣтъ можно было бы совсѣмъ отмѣнить и взиманіе этого $^{0}/_{0}$-а, т. к. скопился бы вполнѣ достаточный страховой фондъ.

Послѣдовательное проведеніе принципа легалитета, подразумѣвающаго довѣріе государства къ чиновнику, дѣлаетъ возможнымъ и то, чтобы ипотечные инструменты состояли въ одномъ только коротенькомъ аттестѣ ипотечнаго установленія (Recognitionsschein), легко обозримомъ, акты же всякаго рода, на которыхъ аттестъ покоится, свободно могутъ и не быть присоединяемы къ такому аттесту, а помѣщаться въ вотчинныхъ актахъ установленія. Такого рода аттесты легко завоевали бы себѣ распространеніе даже за-границей. Къ чему прилагать кипы актовъ сдѣлокъ, которыя какъ-будто предназначаются для контроля самихъ установленій, когда законъ предписываетъ начало довѣрія къ дѣятельности установленій и гарантируетъ довѣріе имущественной отвѣтственностью.

7. Нужно измѣнить и начало дѣйствующаго права объ автентической формѣ актовъ сдѣлокъ. Дѣйствующее право смѣшиваетъ двѣ вещи: 1) оно требуетъ, чтобы актъ внушалъ чиновнику довѣріе, и 2) чтобы это довѣріе

покоилось непремѣнно на автентической формѣ акта. Между тѣмъ, при довѣріи къ чиновнику, отъ котораго Goetze отправляется, достаточно перваго требованія. А тогда можно многое упростить. Можно требовать, чтобы чиновникъ удовлетворился и нашелъ актъ надежнымъ, а почему,—это предоставить усмотрѣнію чиновника. Тогда достаточно, напр., если предъявитель акта лично извѣстенъ чиновнику. Но и помимо послѣдняго случая возможны широкія упрощенія. Прежде всего достаточно, чтобы удостовѣреніе личности формулировалось въ 2-хъ словахъ: „Подпись удостовѣрена. Такой-то. Тогда-то. Печать". Далѣе, право удостовѣрять личность нужно предоставить многимъ чиновникамъ, имѣющимъ оффиціальную печать: президенту суда, почтдиректору, ландрату, бургомистру и т. д. и т. д. всѣмъ заслуживающимъ довѣрія чиновникамъ.

Необходимо допустить бланко-цессіи, которыя не считаются же опасными при векселяхъ. Лучше бы даже допустить ипотечныя свидѣтельства на предъявителя. Это крайне облегчило бы весь оборотъ съ ипотеками и сократило бы работу ипотечныхъ установленій. А чтобы отъ того не потерпѣла надежность организаціи, необходимо связать первыя записи ипотекъ съ особенно строгими формальностями. Goetze на этомъ особенно настаиваетъ. Бумага на предъявителя не есть въ наше время такая уже рѣдкость. При надежности выпуска ихъ онѣ и не грозятъ никому никакимъ бѣдствіемъ. Законодатель долженъ отправляться отъ идеи, что подданные дѣеспособны и предоставить имъ свободу самоопредѣленія. Только на этомъ началѣ можно добиться какого-нибудь успѣха.

Бумаги на предъявителя, только что очерченныя, все же существенно отличались бы отъ закладныхъ листовъ своей индивидуалистической характеристикой: 1) онѣ не имѣютъ курса, т. к. каждая изъ нихъ имѣетъ особый пріоритетъ; 2) пріоритетъ указывается кратко въ самой бумагѣ, ссылкой на сумму предшествующихъ ипотекъ; 3) оборотъ ихъ не такъ будетъ легокъ, какъ оборотъ закладныхъ листовъ; 4) $^0/_0$ колеблется при нихъ въ зависимости отъ пріоритата ихъ. Затрудненія съ полученіемъ $^0/_0$'а можно устранить организаціей двойныхъ купоновъ или опредѣленіемъ банкира-посредника.

8. Goetze отказывается отъ идеи вотчинной системы, въ цѣляхъ краткости и обозримости книги; задачѣ установленія состава недвижимостей должны служить, по его мнѣнію, другія организаціи, полезность которыхъ онъ признаетъ. Ипотечная же книга должна обозначать имѣнье какъ цѣлое, безъ тщательной характеристики деталей, и только послѣдующія измѣненія въ его составѣ съ указаніемъ вліянія ихъ на цѣнность имѣнья должны подлежать упоминанію въ книгѣ. Но указанію цѣны имѣнья онъ вездѣ придаетъ значеніе, и его онъ требуетъ съ самаго начала [1]).

---

[1]) Другихъ, менѣе принципіальныхъ предложеній Goetze я уже не касаюсь. Geetze набрасываетъ такую схему общей техники ипотечнаго дѣла, которая во многомъ напоминаетъ собою актъ Торренса, и своевременно я отмѣчу свое предположеніе, что Торренсъ, можетъ быть, даже считался съ запиской Гётце.

Подъ вліяніемъ очерченныхъ 2-хъ работъ въ законодательныхъ сферахъ дѣлаются новыя попытки болѣе серьезной реформы ипотечнаго режима, чѣмъ имѣла въ виду новелла 1853 г.

Именно, уже въ періодъ сессіи 1856—57 г. въ палатѣ господъ v. Meding дѣлаетъ предложеніе [1]), чтобы палата господъ настойчиво просила правительство подвергнуть уставъ 1783 г. основательной реформѣ въ духѣ предложеній Goetze. Goetze на это предложеніе выступилъ 22 апр. 1857 г. съ докладомъ, ранѣе того обсуждавшимся въ комиссіи и резюмировавшимъ въ 11 пунктахъ всѣ тѣ идеи, которыя намъ уже извѣстны изъ очерка его брошюры. Палата господъ, въ засѣданіи 28 апр. 1857 г., послѣ краткихъ общихъ дебатовъ, рѣшила огромнымъ большинствомъ: настойчиво просить правительство какъ можно скорѣе представить законодательный проектъ дальнѣйшей реформы ипотечнаго дѣла для областей, въ которыхъ дѣйствуетъ уставъ 1783 г. Отъ спеціальнаго обсужденія предложенныхъ комиссіей 11 пп. палата рѣшаетъ воздержаться, но постановляетъ передать предложенія 11 пп. королевскому правительству для соображенія при обработкѣ законопроекта.

Вслѣдствіе такого рѣшенія, министръ юстиціи общимъ распоряженіемъ отъ 13 мая 1857 [2]) приглашаетъ апелляціонные суды дать отзывъ о предложеніяхъ палаты, и на основаніи послѣдовавшихъ отзывовъ (Gutachten) изготовляетъ Denkschrift отъ 12 апр. 1858 г. [3]), въ которой, по обстоятельномъ обслѣдованіи предложеній, отклоняетъ до времени ревизію устава 1783 г. Министръ юстиціи не соглашается, чтобы затрудненія реальнаго кредита имѣли основаніемъ ипотечное устройство; скорѣе же затрудненія происходятъ отъ того, что капиталъ идетъ въ промышленность вслѣдствіе обезпечиваемыхъ ему такимъ помѣщеніемъ бо́льшихъ выгодъ. Конечно, и въ правѣ ипотеки есть недостатки, которые возможно устранить, но министръ опасается, что частыя перемѣны права больше повредятъ, чѣмъ принесутъ пользы дѣлу реальнаго кредита. По всему этому министръ рекомендуетъ ждать данныхъ отъ болѣе продолжительнаго дѣйствія новеллы. Министръ съ удовольствіемъ отмѣчаетъ, что и требованія реформы, и отзывы судовъ безъ исключенія отклоняютъ идею всецѣлой реформы дѣйствующаго режима и ограничиваются частностями.

Но вотъ, по случаю предложенія правительства отмѣнить законы о ростовщичествѣ, вопросъ о реформѣ ипотечнаго режима снова всплываетъ наверхъ уже въ нижней палатѣ. 14 марта 1860 г. нижняя палата постановляетъ резолюцію: правительство благоволитъ устранить въ интересѣ реальнаго кредита затрудненія, коренящіяся въ организаціи ипотечнаго дѣла [4]).

Въ непосредственно слѣдующемъ за симъ періодѣ сессіи членъ нижней палаты Conrad съ товарищами представили формулированный проектъ новаго

---

[1]) Drucksachen № 42.

[2]) J.M.Bl. 176.

[3]) Drucksachen des Herrenhauses. Session $18^{57}/_{58}$, № 85.

[4]) Stenogr. Berichte des Abgeordn. Hauses $18^{59}/_{60}$, стр. 508.

ипотечнаго устава съ мотивами; какъ основы проекта, такъ и мотивы были заимствованы изъ работы Meyer'а. На этотъ разъ проектъ не былъ даже и доложенъ. Но въ 1862 г. проектъ снова вноситъ Roepell съ товарищами. За распущеніемъ палаты проектъ и на этотъ разъ остался безъ разсмотрѣнія.

А между тѣмъ за дѣло принялась и Landes-Oekonomie-Collegium. Комиссія отъ этой коллегіи составила докладъ, въ которомъ обрабатываетъ жалобы на сельско-хозяйственный кредитъ [1]) и намѣчаетъ желательное измѣненіе ипотечнаго права, въ духѣ предложеній палаты господъ отъ 1857 г., т. е. въ духѣ предложеній Goetze. Въ засѣданіи коллегіи отъ 18 марта 1861 г. предложенія комиссіи, по обсужденіи ихъ, были приняты [2]).

Такимъ образомъ, желанія палаты господъ и коллегіи, съ одной стороны, и желанія нижней палаты — съ другой, также рѣзко расходились, какъ требованія Goetze и Meyer'а: тамъ добивались упрощенія формъ, здѣсь—не только упрощенія формъ, но и существенныхъ измѣненій всего вотчинно-ипотечнаго права, даже матеріальнаго.

Сила этихъ изъ разныхъ круговъ и установленій исходящихъ голосовъ побудили ближайшимъ образомъ заинтересованныхъ въ дѣлѣ министровъ юстиціи, внутреннихъ дѣлъ, финансовъ и сельскаго хозяйства—предпринять комисарское обсужденіе вопроса о потребности реформы и отдѣльныхъ послѣдовавшихъ предложеній о направленіи реформы. Итоги обсужденія этихъ вопросовъ [3]) показали, какъ мало достигнуто соглашенія по многимъ существеннымъ вопросамъ права.

А между тѣмъ, 25 ф. 1863 г. издается Kabinetsordre на имя Staats-Ministerium, требующій немедленнаго осуществленія ипотечной реформы, которая удовлетворила бы практическимъ потребностямъ оборота.

Въ отвѣтъ на это и въ виду разногласій во взглядахъ на реформу, министерство сел. хоз. командируетъ въ Мекленбургъ особое лицо для ознакомленія съ новинками мекленбургскаго правообразованія, вышедшими уже послѣ изслѣдованія мекленбургскаго права Goetze, обрабатываетъ всѣ данныя историческаго и сравнительнаго изученія права ипотечнаго режима и облекаетъ итоги въ форму проекта [4]), и этотъ проектъ вмѣстѣ съ мотивами предлагаетъ на усмотрѣніе министра юстиціи. Проектъ министерства сельскаго хозяйства исходитъ изъ идеи чисто ипотечной системы, все еще находя ненужной вотчинную систему для интересовъ ипотеки; но онъ стоитъ за начало самостоятельной ипотеки, какъ условіе вѣрнаго ипотечнаго оборота; проектъ высказывается за сохраненіе легалитета, но и за введеніе его въ рамки, подсказываемое условіями времени, т. е. за ограниченіе его изслѣдованіемъ внѣшнихъ условій дѣйствительности сдѣлки; онъ высказывается

---

[1]) Отъ 26 ок. 1861 (Bericht der Kommission Abth. II. Referent Graf. v. Itzenplitz).
[2]) Protokolle der 6 Sitzungsperiode des Landes-Oekonomie-Collegiums 5—13.
[3]) Die Protokollen der Ministerial-Kommissarien v. 14 Nov.—12 Dz. 1867.
[4]) Min. Ldw. Denkschrift. Berlin 1863. Als Manuscript abgedrucht.

за сохраненіе ипотечнаго дѣла въ рукахъ суда, ради удобствъ пересылки актовъ и сбереженія силъ и средствъ; по вопросу о достовѣрности актовъ проектъ держится срединнаго мнѣнія между предложеніями Goetze и дѣйствующимъ правомъ: нужно упрощеніе, но не столь крайнее, какъ предлагаетъ Goetze; по вопросу объ ипотечныхъ свидѣтельствахъ проектъ рекомендуетъ установить нѣсколько видовъ его по полнотѣ и значенію въ оборотѣ и предоставить кредитору выборъ между этими видами.

Проектъ много теоретизируетъ по вопросу о природѣ самостоятельной ипотеки, признавая ее за jus in rem, отличное отъ римскаго права въ томъ отношеніи, что оно установляетъ на сторонѣ каждаго владѣльца обремененной недвижимости, какъ таковаго, обязанность къ положительному дѣйствію, т. е. къ уплатѣ ипотечнаго долга, и ставитъ въ связь съ этой природой ипотеку собственника, которую онъ и допускаетъ во всѣхъ видахъ, ради наибольшаго удовлетворенія практическимъ потребностямъ современности. Проектъ допускаетъ и институтъ открытаго мѣста для будущей ипотеки. Проектъ не допускаетъ ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя, находя институтъ непрактичнымъ, по многимъ соображеніямъ, особенно же въ виду того, что при нихъ личность кредитора остается неизвѣстной ни должнику, ни ипотечному установленію, и затрудняется полученіе %. Корреальную ипотеку проектъ допускаетъ, но разрѣшаетъ запутанное отношеніе, возникающее въ случаѣ сліянія такой ипотеки съ собственностью, въ томъ смыслѣ, что освободившаяся ипотека поступаетъ въ распоряженіе не кредиторовъ, а собственника освободившейся недвижимости.

Проектъ стоитъ за полный спеціалитетъ всѣхъ ипотекъ. Онъ стоитъ и за полный публицитетъ книги; чтобы кредиторъ не терпѣлъ возраженій изъ негласныхъ личныхъ отношеній, необходимо устранить возможность ихъ, а для этого нужно, чтобы кредиторъ руководился и считался съ данными ипотечной книги. Проектъ стоитъ и за отмѣну protestatio non num. pec. въ современномъ ему значеніи и требуетъ, чтобы эта protestatio осуществлялась въ особомъ и обыкновенномъ процессѣ, и только приговоръ суда давалъ бы основаніе для соотвѣтствующей записи отношенія въ ипотечную книгу. Личное требованіе проектъ допускаетъ какъ солидарное съ ипотечнымъ требованіемъ, и, ради избѣжанія возможныхъ злоупотребленій со стороны кредитора, предлагаетъ, чтобы оба требованія уступались не иначе, какъ только въ однѣ руки. Наконецъ, проектъ создаетъ обязанность удовлетвореннаго ипотечнаго кредитора къ цессіи, ради сбереженія издержекъ и хлопотъ на квитанцію.

Въ слѣдующемъ 1864 г. вышелъ и проектъ министерства юстиціи [1]); проектъ не ограничился поставленными въ Kab.-Ordre отъ 1863 г. задачами и намѣчалъ рядъ принципіальныхъ новшествъ, дававшихъ яркое и острое выраженіе тѣмъ реформаціоннымъ идеямъ, которыя были до тѣхъ поръ вы-

---

[1]) Entwurf eines Gesetzes über das H.-Wesen u. einer HO. für Preussen. Nebst Motiven. Berlin 1864.

сказаны въ литературѣ вопроса. Особенно проектъ держался близко работы Meyer'а, отчасти же воспринялъ и начала проекта министерства сел. хоз.

Проектъ признаетъ необходимымъ даже въ интересахъ реальнаго кредита полную вотчинную систему. Всѣ вещныя права возникаютъ, по мысли проекта, записью въ вотчинную книгу. Внѣ книги нѣтъ болѣе вотчинныхъ правъ. Запись же слѣдуетъ на основаніи абстрактнаго волеизъявленія сторонъ, совершоннаго въ самомъ ипотечномъ установленіи. Никакого указанія на отношенія между сторонами, имѣющія мѣсто внѣ абстрактнаго волеизъявленія, не дѣлается въ книгѣ и не требуется. Проектъ хочетъ разрѣшить или, точнѣе, упразднить этимъ путемъ и начало легалитета, столь много причинившее волокиты и столь часто осуждавшееся. Равно, проектъ считаетъ болѣе ненужнымъ и какое-либо принужденіе къ записи титула. Съ другой стороны, значеніе ипотечнаго установленія какъ судебнаго органа обезпечиваетъ новой организаціи безопасность ея для публики. Начало легалитета сводится въ проектѣ къ обычному изслѣдованію чисто внѣшнихъ условій дѣйствительности сдѣлки.

Проектъ создаетъ самостоятельную ипотеку, конструируя ее какъ Real-obligation, для чего также признаетъ достаточнымъ абстрактное волеизъявленіе сторонъ. Въ оправданіе новшества проектъ ссылается на средневѣковое германское право, на сосѣднія законодательства (особенно Мекленбургское) и на многочисленныя требованія реформы. Самъ онъ также видитъ въ отрѣшеніи ипотеки отъ личнаго требованія первое условіе успѣха реальнаго кредита. Въ отношеніяхъ сторонъ самостоятельная ипотека оспорима по внутреннимъ, матеріальнымъ основаніямъ, но въ 3-хъ рукахъ ея свойства опредѣляются исключительно ипотечной книгой. При абстрактной природѣ волеизъявленія, влекущаго запись ипотеки, оспариваніе послѣдней въ отношеніи первыхъ контрагентовъ едва-ли имѣло иное значеніе, чѣмъ только значеніе кондикціоннаго иска о неправомѣрномъ обогащеніи. Проектъ много занимается опроверженіемъ возможныхъ возраженій на самостоятельность ипотеки, особенно того возраженія, будто самостоятельная ипотека грозитъ мобилизаціей собственности.

Все же проектъ допускаетъ въ извѣстный срокъ возраженія о порочности отношенія даже противъ 3-го пріобрѣтателя, но строго ограниченный. Устраненіе возраженія полное грозило бы матеріальному праву должника, допущеніе же возраженій полное грозило бы реальному кредиту.

Просьба о записи возраженій направляется къ процессуальному судьѣ, и запись возраженія слѣдуетъ на его приговоръ. Ипотечный судья болѣе не можетъ записать возраженія своею властью. Иной порядокъ безполезно тормазитъ оборотъ.

Проектъ не допускаетъ и protestationes pro conservando jure и т. п., развѣ что по требованію судьи. Это устанавливается потому, что самое право теперь возникаетъ по абстрактному соглашенію сторонъ, а разъ стороны согласны,—нѣтъ надобности въ протестаціи, ибо есть возможность совершить окончательную запись.

Проектъ проводитъ послѣдовательно начало спеціалитета суммы. Онъ проводитъ и начало спеціалитета объекта настолько, что допускаетъ ипотеку только на одну недвижимость. Корреальная ипотека не допускается проектомъ въ виду крайней путаницы отношенія въ случаѣ осуществленія ея, когда число участковъ и ипотечныхъ кредиторовъ значительное, участки принадлежатъ разнымъ лицамъ и осуществленіе ипотеки совершается въ разное время.

Цессія ипотекъ связана записью. Ипотечныя свидѣтельства—именныя. Свидѣтельства на предъявителя осуждаются за рядъ неудобствъ чисто практическаго свойства, отчасти же и политическаго, какъ возможное орудіе мобилизаціи собственности. Проектъ не допускаетъ и передачи ихъ по бланковой цессіи.

Прекращается право только записью погасительной.

Проектъ допускаетъ упрощеніе формъ актовъ въ духѣ проекта Мин. сел. хоз. Наконецъ, проектъ связываетъ дробленіе и соединеніе собственности согласіемъ кредиторовъ и въ крайнемъ случаѣ дискреціоннымъ рѣшеніемъ суда. Мотивомъ является то, что раздѣлы и соединенія усложняютъ отношеніе къ невыгодѣ кредиторовъ.

Проектъ 1864 г. вызвалъ съ разныхъ сторонъ жестокіе нападки. Берлинское юридическое общество, удѣлившее разбору проекта не одинъ десятокъ засѣданій [1]), приходило къ выводу, что едва ли даже и требуется такая коренная реформа вотчинно-ипотечнаго права, какую проводитъ проектъ. Реформа мотивируется въ проектѣ потребностями реальнаго кредита, но послѣдній страдаетъ не столько отъ правовыхъ несовершенствъ, сколько отъ общихъ перемѣнъ, происшедшихъ въ соціальномъ и экономическомъ строѣ Пруссіи,—и измѣненія права дѣлу не помогутъ. Отсюда, юридическое общество стоитъ противъ общей реформы и за частичныя улучшенія дѣйствующаго права.

Переходя къ детальному разбору проекта, юридическое общество находитъ:

1) Хотя подчиненіе собственности публицитету и имѣетъ за себя многое, все же мѣра едва ли такъ необходима, а особенно едва ли она достижима. Уставъ 1783 г. не успѣлъ даже съ прямымъ принужденіемъ къ записи пріобрѣтеній, чего же ждать отъ косвеннаго принужденія, вводимаго проектомъ. Если новый порядокъ не привьется, онъ грозитъ болѣе опасными послѣдствіями для оборота, чѣмъ дѣйствующій, и затрудненій всякаго рода онъ знаетъ не менѣе, чѣмъ дѣйствующій порядокъ. Юридическое общество находило бы болѣе раціональнымъ начало, что собственность пріобрѣтается вообще по соглашенію, традиція не требуется. Въ отношеніяхъ же 3-хъ лицъ книжный собственникъ признается за истиннаго собственника. Этимъ достигается единство началъ для всѣхъ видовъ вещей и гармонія для всѣхъ

---

[1]) Bericht der Kommission der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, betreffend den Entwurf 1864, 1865 (докладъ Graefe).

интересовъ, а въ то же время достигается и обезпеченіе интересовъ реальнаго кредита. Устраняется и дуплицитетъ собственности. Наконецъ, открывается возможность объединенія всѣхъ партикулярныхъ правъ Пруссіи на этомъ началѣ, а такое объединеніе предрѣшаетъ объединеніе на началѣ и всего германскаго права, такъ какъ разница между отдѣльными германскими странами по бытовымъ условіямъ не болѣе, чѣмъ разница между прусскими провинціями.

Аналогичное начало юридическое общество предлагаетъ и для цессій ипотекъ. Проектъ требуетъ записи цессій. Общество находитъ это еще болѣе труднымъ дѣломъ особенно въ случаѣ, когда ипотечное требованіе обошло нѣсколько лицъ безъ записи пріобрѣтенія требованія. Поэтому общество рекомендуетъ начало: собственность на требованіе переходитъ по цессіи, но въ отношеніи 3-хъ лицъ признается истиннымъ управомоченнымъ книжный ипотекарій.

Но юридическое общество не видитъ препятствій тому, чтобы допустить, по усмотрѣнію землевладѣльца, выпускъ ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя. Опытъ указываетъ всю неосновательность опасеній проекта на счетъ послѣдствій отъ такихъ свидѣтельствъ. Именно во Франціи, „гдѣ cédules hyp. причинили столько бѣдъ“, теперь требуютъ этихъ свидѣтельствъ. Опасности кражи и обмана существуютъ и при обладаніи государственными бумагами. Трудности при уплатѣ % и востребованіяхъ и теперь существуютъ при обыкновенныхъ ипотекахъ, когда послѣднія цедируются безъ записи цессіи въ ипотечную книгу. Легкомысленное совершеніе долговъ и теперь встрѣчается. Самые лучшіе законы не въ силахъ воспрепятствать легкомыслію. Уже уставъ 1783 г. констатируетъ, что собственникъ часто получаетъ за ипотеку деньги тогда, когда выдаетъ ипотечное свидѣтельство. Проектъ и вовсе вводитъ ипотеку собственника, гдѣ послѣдній не всегда и знаетъ, отъ кого онъ получитъ деньги. Отсюда только одинъ шагъ до ипотеки на предъявителя.

Опытъ Мекленбурга съ бланко-жиро говоритъ за то же. А соображеніе, будто во времена кризиса держатели ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя не щадятъ собственника, примѣнимо и къ большинству держателей именныхъ свидѣтельствъ. Наконецъ, что касается „мобилизаціи“ земельной собственности—*„мы не понимаемъ этого выраженія“*,—то таковую съ успѣхомъ и издавна выполняютъ существующіе ипотечные банки.

Теорію самостоятельной ипотеки юридическое общество принимаетъ, хотя и съ оговоркой, что во многихъ случаяхъ кредиторъ придаетъ значеніе и личной отвѣтственности должника, и что развитіе новаго ученія въ проектѣ недостаточно ясно. Общество рекомендовало бы установленіе 2-хъ началъ: запись обязательства въ ипотечную книгу имѣетъ послѣдствіемъ то, что землевладѣлецъ не можетъ сдѣлать никакихъ возраженій о правильности требованія добросовѣстному цессіонарію; ипотечное обязательство не связано впредь существованіемъ личнаго притязанія, въ основѣ его лежащаго.

Юридическое общество не сочувствуетъ и тому, что ипотека собственника не дѣйствуетъ, пока находится въ рукахъ собственника. Это излишне, такъ какъ правило легко обойти; но это и не требуется справедливостью, такъ какъ послѣдующіе кредиторы не имѣютъ притязаній на лучшее положеніе ипотекъ, чѣмъ обезпеченное имъ ипотечной книгой.

Соглашаясь въ принципѣ съ полнымъ специалитетомъ суммы и объекта, юридическое общество не можетъ не отмѣтить, что строгій специалитетъ суммы повлечетъ преувеличенную оцѣнку кредиторомъ издержекъ и другихъ моментовъ, которые теперь пользуются равнымъ рангомъ съ капитальной суммой, а недопущеніе корреальной ипотеки затруднитъ кредитъ мелкому и раздробленному землевладѣнію. Легче, по мнѣнію юридическаго общества, отыскать рѣшеніе запутанныхъ отношеній при корреальной ипотекѣ въ указываемыхъ проектомъ случаяхъ, чѣмъ исключить корреальную ипотеку.

Общество находитъ несогласнымъ съ духомъ времени и стѣснительнымъ для оборота и начало, что парцелляція и т. д. ставится въ зависитость отъ воли кредитора.

Проектъ не допускаетъ, чтобы ипотечное установленіе дѣйствовало впредь ex officio, отмѣняетъ коллегіальное устройство ипотечныхъ установленій, ставитъ въ тѣсныя рамки легалитетъ, но допускаетъ исключенія въ случаяхъ, когда установленіе ex officio узнаетъ о неправомѣрности сдѣлки. Юридическое общество желало бы большей послѣдовательности въ послѣднемъ случаѣ, именно, полной отмѣны легалитета, чтобы невыгоды отмѣны выкупились либерализмомъ начала, воспитательно дѣйствующаго на общество; при частичной же отмѣнѣ легалитета возможны неудобства. Отмѣна легалитета повлекла бы и упрощеніе формъ. Она послужила бы и базой для распространенія системы на всю Пруссію, включая и области, право которыхъ пока не знаетъ легалитета.

Формальное право проекта не встрѣчаетъ со стороны юридическаго общества никакихъ возраженій, кромѣ только того, что непосредственная явка сторонъ едва-ли такъ удобна.

Сходны съ замѣчаніями юридическаго общества и мнѣніе Беккера о необходимости ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя, и критика соображеній проекта 1864 г. о неудобствахъ такихъ инструментовъ [1]), а также— рядъ замѣчаній, сдѣланныхъ Ахенбахомъ на проектъ 1864 г. [2]).

Многія изъ этихъ замѣчаній [3]) опирались, однако, не столько на дѣйствительные пороки проекта, сколько на недостаточность пониманія новыхъ началъ проекта,—виною чему служило не всегда достаточное развитіе проектомъ своихъ идей, а часто привычка критиковъ къ старому праву.

---

[1]) Bekker, Die Reform des H.-Wesens als Aufgabe des norddeutsch. Bundes. Berlin 1867.

[2]) Bemerkungen über die Entwürfe eines H.-Ges... f. Preussen. v. Achenbach. Bonn 1865.

[3]) Ср. еще Dernburg u. H., I, 57.

Какъ бы то ни было, но проектъ 1864 г., встрѣченный несочувственно обществомъ и выпущенный въ свѣтъ противъ скрытаго желанія министра, не возымѣлъ движенія.

Съ этимъ проектомъ завершается первая стадія реакціи противъ устава 1783 г. и Ландрехта 1794 г., гдѣ, съ одной стороны, реакція исходила изъ соображеній чисто практическаго свойства, а съ другой стороны, полагалось относительно много довѣрія усовершенствованію одной только правовой организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота и мало выражалось сознаніе относительности дѣйствія правовой организаціи и вовсе не затрогивалось экономически-политическое значеніе ипотеки, какъ основы реальнаго кредита.

§ 83. Реформаціонное движеніе второй половины 19 ст. Бытовыя условія и литературныя теченія.

I. *Общія замѣчанія.* Шестидесятые годы ознаменовались величайшими событіями въ исторіи Германіи, не оставшимися безъ вліянія на направленіе реформы ипотечнаго режима въ Пруссіи. Я говорю о повышенномъ національномъ настроеніи нѣмцевъ, о стремленіи ихъ къ объединенію, основаніи сѣверо-германскаго союза и подготовленіи имперіи. Если уже издавна, особенно съ наполеоновскихъ войнъ, въ Германіи жила идея единства нѣмцевъ, и если уже раньше эта идея вызвала къ жизни рядъ мѣръ, направленныхъ на созданіе allgemeines deutsches Recht, то въ 60-хъ годахъ идея развилась до высшаго предѣла и выразилась не только въ мѣрахъ политики, но и въ тенденціи правовой мысли. „Въ обновленной Германіи должно воскреснуть національное германское право, давно забытое и гонимое чуждымъ, римскимъ правомъ“,—таковъ былъ лозунгъ юридической мысли 60-хъ гг. Цѣлый рядъ съѣздовъ германскихъ юристовъ усиленно занимается вопросомъ объединенія права на германскихъ началахъ. Уже второй съѣздъ германскихъ юристовъ дѣлаетъ постановленіе, что очень важно въ единой Германіи положить основы общему германскому праву ипотеки; объединеніе права ипотеки признавалось тѣмъ легче осуществимымъ, что въ правѣ ипотеки отдѣльныхъ германскихъ странъ находили больше, чѣмъ гдѣ-либо, началъ древняго національнаго германскаго права, а потому и единства правовыхъ основъ. Но, для большей основательности предпринимаемаго дѣла, высказывались пожеланія изучить существующія ипотечныя права различныхъ нѣмецкихъ государствъ [1]). Въ самый разгаръ этого движенія и въ видѣ отвѣта на выраженное съѣздами юристовъ желаніе изучить германское залоговое право выходитъ рядъ изслѣдованій. Первымъ отзывается Мейбомъ своей исторической работой „Das deutsche Pfandrecht“. Восторженный германистъ и увлекательный, Мейбомъ старается въ этой работѣ перебросить мостъ между новинками дѣйствующаго мекленбургскаго права ипотеки и средневѣковыми германскими организаціями права залога и даже вообще формами реальнаго кредита.

---

[1]) См. Verhandlungen des dritten Deutsches Juristentages 1862, I, стр. 74, 75, 85. Разногласіе юристовъ de lege ferenda, см. 73, 85, 90 стр. eod. и др.

Мейбомъ изслѣдовалъ германскій залогъ лишь въ эпоху до римскаго вліянія. Другой юристъ, Mascher, пытается дать картину историческихъ судебъ залога въ теченіе всей исторіи новыхъ народовъ, начиная съ великаго переселенія народовъ и вплоть до 70-хъ гг. 19 ст. А такъ какъ залогъ по формѣ примыкаетъ къ общей организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота, то Mascher занимается и этой послѣдней [1]). Въ такихъ обширныхъ предѣлахъ было трудно дать тщательную и самостоятельную обработку вопроса, и работа Mascher'а является сухой компиляціей мало объединеннаго внутренно ряда отдѣльныхъ очерковъ права ипотеки по отдѣльнымъ германскимъ странамъ.

Тогда Мейбомъ организуетъ на началахъ сотрудничества новую серію обстоятельныхъ работъ по дѣйствующему залоговому праву германскихъ государствъ и привлекаетъ къ выполненію работы лучшія научныя и практическія силы Германіи [2]).

Въ результатѣ всѣ эти изслѣдованія, конечно, оправдали предсказанія съѣзда юристовъ: современная ипотека оказалась дѣйствительно оторванной отъ римской догмы. А темпераментъ эпохи подсказывалъ юристамъ, что современная ипотека націонализована.

Ипотека оказывалась самостоятельнымъ вещнымъ бременемъ на недвижимость, а юристы склонны были видѣть въ ней Realobligation.

Другіе юристы, воодушевленные германистическимъ настроеніемъ, стали искать національныхъ чертъ и въ организаціи вотчиннаго оборота въ точномъ смыслѣ слова, особенно въ организаціи производнаго способа пріобрѣтенія собственности, и нашли такія черты уже въ Besitztitelberichtigung Ландрехта и устава 1783 г. Plathner и Bornemann—таковы имена этихъ юристовъ—изучивъ исторію германскаго права и матеріалы къ Ландрехту, доказывали именно это и, упрекая судебную практику за искаженіе идей Ландрехта, настаивали на возвращеніи къ національной германской формѣ пріобрѣтенія собственности по соглашенію, т. е. къ Auflassung [3]).

Почти одновременно со съѣздами германскихъ юристовъ призывается къ жизни конгрессъ сѣверо-германскихъ сельскихъ хозяевъ по ипотечному дѣлу, организованный по образцу экономическаго конгресса отъ 1858 г.

Около того же времени и на той же почвѣ сѣверо-германскаго союза предпринимается анкета ипотечно-банковаго дѣла, составившая потомъ предметъ обсужденій Ausschuss союзнаго совѣта сѣверо-германскаго союза [4]).

Конгрессъ, анкета и обсужденія послѣдней комиссіей союзнаго совѣта указывали не только на направленіе, которое должна принять реформа ипо-

---

[1]) Mascher, das deutsche Grundbuch. u. H.-Wesen. Berlin 1869.

[2]) Такъ получилось знаменитое изданіе Мейбома: „Deutsches H.-R"., гдѣ отдѣльные томы обработаны отдѣльными юристами для отдѣльныхъ странъ.

[3]) См. цит. выше работы этихъ юристовъ.

[4]) Enquête über das Hyp.-Bank-Wesen. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Bundes-Rathes des Norddeutschen Bundes für Handel und Verkehr betreffend die Enquête über das Hyp.-Bank-Wesen. Berlin 1868.

течнаго права, но не менѣе того и на истинное значеніе реформы для борьбы съ безкредитицей, именно, на ся относительное значеніе и на важное значеніе мѣръ чисто экономической политики, какъ-то: учрежденіе банковъ, амортизацію, даже невостребуемость долга, обязательное умѣренное соотношеніе его съ цѣною недвижимостей и т. д. Особенно интересны: для конгресса—работа Lette [1]), для анкеты и сужденій о ней—мнѣнія Lasker [2]), Hursekorn [3]), Meding [4]), Groth [5]) и Rodbertus v. Jagetzow [6]). Въ связи и въ духѣ работъ конгресса и анкеты стоятъ и работы, отчасти вышедшія даже раньше, отчасти же позднѣе ихъ, какъ-то: работы Saenger, Berndt, Willmanns, Bekker и др. [7]).

Въ концѣ 60-хъ гг. совершается крутой поворотъ и въ экономической теоріи, повліявшій на взглядъ на ипотеку какъ на правовую форму реальнаго кредита. Если уже и раньше проскальзываетъ идея о томъ, что реальный кредитъ долженъ покоиться на началѣ невостребуемости капитальнаго долга, то это больше подсказывается чутьемъ и не идетъ дальше эмпирическаго сужденія. Но вотъ, въ 1868 г., знаменитый экономистъ Робертусъ-фонъ-Ягетцовъ подводитъ подъ назрѣвшую въ жизни идею твердыя теоретическія основы и отливаетъ въ пластическую форму начало: „реальный кредитъ долженъ покоиться на началѣ ренты, а не ипотеки“ [8]). Доводы: „землевладѣніе имѣетъ лишь подоходную, а вовсе не капитальную цѣнность. Подоходная цѣнность опредѣляется чистымъ доходомъ. Отсюда, чистый доходъ и подоходная цѣнность даютъ единственную мѣру цѣны сельско-хозяйственныхъ участковъ. Отсюда же и всѣ относящіяся до землевладѣнія юридическія сдѣлки должны быть приноровлены и разсчитаны на эту подоходную цѣнность, и только вѣчная рента должна продаваться, дѣлиться и обременяться долгами“. Ученіе Родбертуса, подсказанное самыми условіями времени (переобремененіе недвижимостей ипотечнымъ кредитомъ и испытываемая землевладѣльцами тягость послѣдняго), нашло много сторонниковъ среди землевладѣльцевъ и экономистовъ, но въ средѣ юристовъ оно встрѣтило сдержанный пріемъ и сомнѣніе въ правильности его [9]), а для ипотечной реформы оно явилось уже поздно и въ законодательныя сферы не успѣло проникнуть; да и новизна ученія была уже слишкомъ значительная, чтобы законодатель, всегда сравнительно съ теоріей сдержанный и осторожный, могъ положить его въ основу правовыхъ измѣненій. Вліяніе ученія сказалось лишь позднѣе, въ эпоху обработки имперскаго уложенія.

---

[1]) Das landwirthschaftliche Kredit und Hyp.-Wesen. Berlin 1868.
[2]) Verhandlungen, 32.
[3]) Eod. 125.
[4]) Eod. 11.
[5]) Eod. 41.
[6]) Eod. 238.
[7]) Цит. ниже.
[8]) Rodbertus v. Iagetzow, Zur Erklärung und Abhülfe der heutigen Kreditnoth des Grund-Besitzes, Berlin 1868, также Verhandlungen, betreffend die Enquête, стр. 238.
[9]) Willmanns, Zur Reform der Hyp.- u. Subhast-Ges.-Geb. Berlin 1868, стр. 13.

Въ 70-хъ гг. окончательно выясняется доминирующая роль Пруссіи въ сѣверо-германскомъ союзѣ. Это кладетъ послѣдній и рѣшительный отпечатокъ на направленіе реформы. Прусское право претендуетъ на роль общаго германскаго права; отсюда оно, по идеѣ реформаторовъ, должно быть не только національнымъ, но и должно быть такъ организовано, чтобы примирить всѣ дѣйствующія въ Германіи системы права, главнымъ образомъ, конечно, Ландрехтъ, Пандекты и Кодексъ Наполеона. Эта же цѣль объединенія заставляетъ правительство возможно спѣшить съ реформой, намѣчая главное и не отдѣлывая вовсе деталей. Эпоха требовала обращенія спокойной законодательной работы въ орудіе нервозной политики. Опьяняющіе успѣхи пруссаковъ въ войнахъ за объединеніе Германіи подъ эгидой Пруссіи создавали повышенное настроеніе, когда все считалось возможнымъ, стоило только серьезно захотѣть[1]). Заглянемъ теперь въ содержаніе реформаціонной литературы 60-хъ гг.

II. *Отношенія права собственности.* Теперь уже немногіе стоятъ за существующую ипотечную систему. Таковы мнѣнія лишь нѣкоторыхъ юристовъ на съѣздѣ, да Denkschrift мин. сел. хоз.

Большинство же высказывается за публицитетъ собственности. Но и среди большинства намѣчаются двѣ группы юристовъ. Одна стоитъ за пріобрѣтеніе собственности въ силу простого соглашенія, безъ традиціи, что касается отношенія сторонъ, но за публицитетъ записи пріобрѣтенія въ отношеніи 3-хъ лицъ. И эта группа не многочисленная; она представлена Берлинскимъ юридическомъ обществомъ [2]), Lette [3]) и нѣк. др.

Другая, болѣе многочисленная, группа стояла за Auflassung. Уже Meyer, хотя онъ и не называетъ предлагаемой имъ организаціи Auflassung, имѣетъ въ виду эту послѣднюю. Въ 1856 г. Plathner [4]) вскрываетъ намъ новыя вѣянія правовой мысли 60-хъ гг. Обращаясь къ исторіи вопроса, Plathner приходитъ къ убѣжденію, что въ Германіи никогда не имѣлъ общаго правового значенія въ отношеніи пріобрѣтенія поземельной собственности римскій принципъ „traditionibus dominia rerum transferuntur". Тѣмъ менѣе онъ можетъ имѣть мѣсто со введеніемъ ипотечной книги, вооруженной publica fides. И въ Ландрехтѣ Plathner безъ труда отыскиваетъ черты германскаго права, именно публицитетъ переходовъ собственности. Если же судебная практика и практика министерства юстиціи толкуетъ Ландрехтъ въ духѣ римской догмы,—то это лишь вслѣдствіе неправильнаго пониманія ими Ландрехта и устава 1783 г. Но и практика обнаруживаетъ колебанія. Авторъ стоитъ за возстановленіе попранной истины и торжество идеи публицитета въ отношеніяхъ собственности, т. е. за водвореніе вотчинной системы на началѣ Auflassung. Ту же

---

[1]) Dernburg u. H. 72.

[2]) См. выше.

[3]) 14 стр.

[4]) Die Grundzüge der Preuss. Hyp.-Verfassung u. deren Umsturz durch die neuere R. Wschaft. Breslau 1856.

идею отстаиваетъ Bornemann [1]) и Mascher [2]). Ее выдвигали и проекты: Conradsche Entwurf и Entwurf 1864, оба слѣдовавшіе Meyer'y. Съ осторожностью за нее высказывается позднѣе Bekker [3]), основательно усматривая въ ней не только надежную основу для отношеній по собственности, но и для твердости оборота съ ипотекой, а особенно съ выдвигаемымъ Беккеромъ вотчиннымъ долгомъ, такъ какъ при вотчинной системѣ пассивная легитимація въ экзекуціонномъ производствѣ опредѣляется съ точностью вотчинной книгой, тогда какъ при ипотечной системѣ книжный собственникъ можетъ еще не быть истиннымъ собственникомъ и требуется еще привлеченіе къ экзекуціонному производству послѣдняго, чтобы отчужденіе дѣйствовало и противъ него. Однако, Беккеръ совѣтуетъ сообразоваться съ народными воззрѣніями, чтобы не получилось въ жизни силой вещей двойной собственности, подобно римскимъ jus in bonis и jus quiritium. Беккеръ намѣчаетъ и огромныя послѣдствія вотчинной системы для матеріальнаго права. При послѣдовательно проведенной вотчинной системѣ не остается мѣста цѣльной теоріи вещнаго права; ее заступаютъ два существенно различныхъ отдѣла: право движимостей и недвижимостей. Изъ права недвижимостей вмѣстѣ съ традиціей исчезаетъ и юридическое владѣніе, равно пріобрѣтательная и исковая давность, какъ въ отношеніи собственности, такъ и въ отношеніи jura in re aliena. Виндикаціонный искъ, actio Publiciana, юридическія средства защиты владѣнія—все это сливается въ одинъ искъ; остается только различіе иска по роду нарушенія владѣнія: rei vindicatio—actio negatoria. Возраженія упрощаются; различіе malae f. и bonae f. possessio исчезаетъ. Выдвигается искъ о записи и отмѣткѣ, защищающій истца. Словомъ, право недвижимостей лишается свойствъ bonae fidei и обращается въ jus strictissimum [4]).

Вотчинную систему, покоющуюся на началѣ Auflassung, съ большой обстоятельностью обстаиваетъ и Willmanns [5]) еще съ новой точки зрѣнія. Законъ долженъ быть выразителемъ правовыхъ воззрѣній народа, для чего законъ долженъ провести простыя начала послѣдовательно, такъ какъ народное мышленіе просто, но послѣдовательно. Этой простотѣ и послѣдовательности отвѣчаетъ только начало Auflassung, гдѣ пріобрѣтеніе права собственности связывается съ точно распознаваемымъ моментомъ записи его въ ипотечную книгу. Дѣйствующее право, какъ равно и предложенія берлинскаго юридическаго общества, создаютъ фикцію, которой не терпитъ народное правовоззрѣніе. Что касается практическихъ соображеній въ пользу введенія вотчинной системы, то Willmanns повторяетъ тѣ же, которыя высказывались и до него. Упрекъ, дѣлаемый вотчинной системѣ за то, будто она

---

[1]) Цит. соч.

[2]) Цит. соч.

[3]) Цит. соч.

[4]) Эти измѣненія въ правѣ собственности и т. д. на недвижимости нѣсколько преувеличены. См. Dernburg, I, ученіе о собственности; также Willmanns, цит. соч. (ниже).

[5]) Zur Reform der Hyp.- u. Subhastat. Ges.-Geb. Berlin 1868.

нарушаетъ цѣльность ученія о вещномъ правѣ, внося въ единую область разныя начала — traditio для движимостей и Auflassung для недвижимостей, Willmanns признаетъ совершенно неважнымъ. Міръ движимыхъ и недвижимыхъ вещей такъ существенно различны по бытовому значенію, что различная организація оборота ихъ вноситъ гармонію въ право, напротивъ, объединеніе ихъ является чистымъ насиліемъ надъ природой вещей, одинаково пагубнымъ для обѣихъ половинъ вещей. Не болѣе основаній Willmanns усматриваетъ и въ опасеніяхъ, что вотчинная система создаетъ затрудненія и грозитъ той или иной сторонѣ ущербомъ въ моментъ пріобрѣтенія собственности, именно: будто при ней или отчуждатель, заранѣе получивъ цѣну, поспѣшитъ обременить недвижимость ипотеками, или пріобрѣтатель, получивъ запись, поспѣшитъ обременить недвижимость ипотеками, тормазя уплату денегъ. Вотчинная система имѣетъ достаточно средствъ избѣжать такихъ затрудненій. Willmanns сомнѣвается и въ томъ, будто вотчинная система вноситъ столь коренныя измѣненія въ систему права, какія намѣчаетъ Bekker. Больше основаній онъ видитъ въ опасеніи, что жизнь обнаружитъ сопротивленіе вотчинной системѣ. Но онъ находитъ возможнымъ, въ цѣляхъ пріученія публики къ новому режиму, создать временно принудительность записи. А чтобы отъ послѣдней не страдало мелкое землевладѣніе, необходимо упростить и удешевить производство.

Вотчинная система, по Willmanns'у, не должна, однако же, непремѣнно обнять всѣ вещныя права; тутъ можно послѣдовать старому праву и освободить отъ записи пріобрѣтенія маловажныхъ и ясно выступающихъ и безъ записи вещныхъ правъ.

II. *Отношенія ипотеки.* По вопросу о реформѣ ипотечнаго права мнѣнія отличались, въ общемъ, бо́льшей солидарностью, хотя и тутъ встрѣчаются разногласія детальнаго характера. Но тутъ вниманіе обращалось уже не только на реформу права, но и на экономическую политику.

Именно, изслѣдованіе причинъ упадка реальнаго кредита приводило юристовъ и экономистовъ къ заключенію, что эти причины кроются не только въ недостаткахъ права ипотеки, но и въ измѣненіяхъ соціальныхъ и экономическихъ отношеній послѣдняго времени, особенно же въ томъ, что рядомъ съ землевладѣльцемъ, все болѣе нуждающимся въ кредитѣ на новыя и новыя потребности, выступили со спросомъ на кредитъ промышленникъ и государство, предлагающіе капиталисту выгоднѣйшія условія помѣщенія капитала, и, притомъ, въ простой правовой организаціи (бумаги на предъявителя). Чтобы поставить сельскаго хозяина при спросѣ на капиталъ въ возможно близкія условія съ его конкуррентами, одна реформа права признавалась безсильной, такъ какъ самая простая и легкая правовая организація индивидуальной ипотеки все же не могла сулить капиталисту удобствъ при полученіи % и осуществленіи права, какія давались бумагами на предъявителя, и т. п. Отсюда, индивидуальная ипотека все еще не могла выйти за предѣлы относительно тѣснаго круга лицъ, предлагающихъ капиталъ. На широкій же рынокъ сельскій хозяинъ можетъ разсчитывать лишь тогда, когда

между нимъ и капиталистомъ будетъ посредникъ, который и облегчитъ капиталисту полученіе % и осуществленіе права, — т. е. банкъ, организованный на тѣхъ или иныхъ началахъ (лучше всего на началахъ самопомощи землевладѣльцевъ, на началахъ взаимнаго кредита). Отсюда возникаетъ движеніе въ пользу развитія поземельныхъ банковъ. Но реформа права признается все же необходимой; она нужна для развитія самаго банковаго дѣла, нуждающагося въ вѣрности операцій, но она необходима и для индивидуальной ипотеки. Послѣдняя призывается къ конкурренціи съ организованнымъ банковымъ кредитомъ и къ восполненію послѣдняго, неизбѣжному въ виду того, что банковый кредитъ силой вещей не можетъ насытить потребности землевладѣльцевъ (какъ предпріятіе, затрогивающее интересы многихъ гражданъ, банкъ обязуется руководиться нормальнымъ уставомъ, опредѣляющимъ скромное %-ое отношеніе ссудъ къ цѣнѣ имѣній; какъ предпріятіе крупное, банкъ вынужденъ дѣйствовать по грубоватому шаблону, не приноровляясь къ особенностямъ отдѣльныхъ случаевъ; напротивъ — частное лицо, отдѣльный капиталистъ...) [1]). На практикѣ индивидуальная ипотека играетъ, конечно, и еще болѣе широкую роль.

По вопросу о томъ, какія измѣненія нужно внести въ право ипотеки, всѣ сходятся на томъ, что ипотека должна быть недоступна возраженіямъ изъ свойствъ личнаго требованія. Достиженіе этого считалось возможнымъ путемъ отрѣшенія ипотеки отъ личнаго требованія и возведенія ея въ самостоятельное право. Такая мѣра мотивируется теперь уже не только практическими соображеніями, но и теоретическими, желаніемъ придать ипотекѣ національную окраску, сблизить ее съ организаціями германскаго права, больше всего—Reallasten (но не neuere Satzung, которая не была и вещнымъ правомъ и при которой вовсе не существовало обязанности должника къ положительному дѣйствію, къ уплатѣ долга, ставшему теперь излюбленной идеей. Neuere Satzung могла служить только идеѣ экзекуціоннаго осуществленія ипотеки).

Но далѣе мнѣнія расходились. Одни предлагали сохранить связь личнаго требованія съ ипотекой, хотя-бы признавъ первое акцессоріемъ второй. Мотивомъ служило практическое соображеніе: личная отвѣтственность должника имѣетъ и при ипотекѣ значеніе, такъ какъ облегчаетъ кредитору взысканіе %'овъ, предлагая ему право экзекуціи на движимости должника, а при послѣдующихъ ипотекахъ и въ случаѣ крайнихъ несчастій съ недвижимостью даже и при первой ипотекѣ личная отвѣтственность является суррогатомъ ипотечной отвѣтственности [2]). Другіе же находили достаточнымъ для устраненія суще-

---

[1]) См. развитіе этихъ идей у Willmanns, Zur Reform der Hyp.- u. Subh.-Ges.-Geb. Berlin, 1866, его же Die Kreditnoth der Grundbesitzer. Berlin 1868; Berndt, Der Kredit für den ländlichen Grundbesitz, Berlin 1858. Lette, Das landwirthschaftliche Kredit u. Hyp.-Wesen. Berlin 1868; Saenger, Reform des ländlichen Kreditwesens. Bromberg 1857. Bekker, die Reform des H.-Wesens als Aufgabe des nordd. Bundes. Berlin 1867. Bericht der Kommission der Iur. Ges. zu Berlin, betreffend den Entwurf 1864. Berlin 1865 и друг.

[2]) Willmanns, 15.

ствующихъ практическихъ неудобствъ, не отрѣшая принципіально ипотеки отъ личнаго требованія, установить лишь два начала формально-правового свойства: 1) запись ипотеки въ книгу имѣетъ послѣдствіемъ то, что землевладѣлецъ не можетъ сдѣлать никакихъ возраженій о правильности требованія противъ добросовѣстнаго цессіонарія; 2) ипотечное обязательство не связано впредь существованіемъ личнаго притязанія, въ основѣ его лежащаго [1]). Но теперь было уже не время надстроекъ надъ римской догмой; всѣ искали принципіальной переработки матеріальнаго права ипотеки и не довольствовались починкой стараго права.

Третьи настаивали на полномъ отрѣшеніи ипотеки отъ личнаго требованія, не допуская послѣднее и въ качествѣ акцессорія къ ипотекѣ [2]), и называли новое отношеніе и новымъ именемъ: „вотчинный долгъ" (Grundschuld) [3]). Слѣдовало бы ожидать, что при организаціи новой правовой фигуры—самостоятельнаго вотчиннаго долга—будутъ больше подчеркивать не разъ отмѣченный нами моментъ вещнаго германскаго права, именно обязательственный, чтобы этимъ восполнить недостатокъ личнаго отношенія при самостоятельной ипотекѣ. Однако, этого пока мы не встрѣчаемъ въ литературѣ, и творцы вотчиннаго долга больше подчеркиваютъ въ немъ свойства римскаго вещнаго права. Такъ, родоначальникъ вотчиннаго долга Беккеръ, требуетъ, чтобы вотчинный долгъ былъ самостоятельнымъ вещнымъ правомъ, сущность котораго сводилась бы къ правомочію отчужденія въ крайнемъ случаѣ обремененной имъ недвижимости, въ цѣляхъ извлеченія изъ цѣны недвижимости, по извѣстнымъ правиламъ, извѣстной суммы денегъ [4]). Но Беккеръ, тѣмъ не менѣе, конструируетъ отношеніе какъ Realobligation, только въ Realobligation Беккеръ подчеркиваетъ не obligation, а Real. И значеніе Realobligation у Bekker не то, что у позднѣйшихъ германистовъ той эпохи. У Беккера вотчинный долгъ (Realobligation) есть такое строго вещное право на недвижимость, въ силу котораго ссужатель капитала, за свою ссуду, пріобрѣтаетъ полномочіе извлечь изъ обремененной недвижимости, по формѣ и въ срокъ, опредѣленную денежную сумму; ссуда не порождаетъ тутъ никакого долга, а служитъ лишь матеріальнымъ основаніемъ для строго вещнаго права, да и то скрытымъ. Идея долга живетъ развѣ только въ намѣреніи сторонъ, кредитующихъ въ формѣ Grundschuld. Беккеръ не занимается вопросомъ о неудобствахъ такой организаціи при взысканіи %'а и т. п., когда приходится прибѣгать къ сложному механизму экзекуціи на недвижимость. Но Вилльманнсъ намѣчаетъ таковыя и исходъ видитъ не въ томъ, чтобы снабдить новое отношеніе обязательственнымъ моментомъ, а въ томъ, какъ мы видѣли, чтобы, оставаясь вѣрнымъ римской догмѣ, установить акцессорное отношеніе личнаго требованія къ вещному праву. Лишь позднѣе вотчинный долгъ стали конструировать

---

1) Bericht der Kommission der Jur. Ges. zu Berlin, 20 стр.

2) Lasker въ Verhandlungen der Enquête, 15 стр., Lette, Das landw. Kr. 47 стр., Bekker, 74 стр. и друг.

3) Bekker.

4) Стр. 75 eod.

какъ Realobligation, гдѣ выдвигали не столько Real, сколько Obligation, чтобы примирить бытовое воззрѣніе на кредитное отношеніе, какъ долговое, — съ самостоятельностью ипотеки и сроднить послѣднюю съ Reallasten. Такъ, Мейбомъ въ ученіи о мекленбургской ипотекѣ, Регельсбергеръ въ ученіи о баварской ипотекѣ, Дернбургъ въ ученіи о прусской ипотекѣ и другіе приписываютъ современной ипотекѣ свойства германскаго права, гдѣ притязанію ипотечнаго кредитора соотвѣтствуетъ на сторонѣ должника обязанность къ положительному дѣйствію. Должникъ осуждается не на выдачу вещи, а прежде всего на уплату и, въ случаѣ невыполненія этого обязательства добровольно, наступаетъ экзекуція на обремененную недвижимость. Но этотъ вещно - обязательственный моментъ ипотеки нисколько не измѣнялъ и не облегчалъ положенія кредитора при осуществленіи его права.

Съ другой стороны, творцы вотчиннаго долга допускаютъ, чтобы рядомъ съ вотчиннымъ долгомъ могло быть установляемо и личное обязательство,—только послѣднее предоставляется на волю сторонъ и не существенно для ипотеки съ самаго начала. Отношеніе личнаго обязательства къ вотчинному долгу будетъ тогда солидарнымъ.

Всѣ эти три направленія различались больше принципіально, чѣмъ практически. Для оборотоспособности ипотеки всѣ они вносили достаточно средствъ. Не одинакова была при нихъ лишь простота и прозрачность правоотношенія ипотеки, да легкость осуществленія ея.

По вопросу о возникновеніи ипотеки разногласій было мало. Всѣ, безъ различія оттѣнковъ, одинаково допускаютъ теперь и возникновеніе ипотеки съ самаго начала на имя собственника. Только одни, болѣе сдержанные, какъ Вилльманнсъ, конструируютъ такую ипотеку какъ право въ состояніи полнаго покоя; другіе же, какъ Берлинское юридическое общество, приписываютъ и такой ипотекѣ дѣйствіе: въ конкурсѣ собственникъ получаетъ на нее долю цѣны недвижимости.

Больше разногласій мы встрѣчаемъ по вопросу о корреальной ипотекѣ. Вилльманнсъ и Берлинское юрид. общество стоятъ за допущеніе таковой, мотивируя, что такая ипотека облегчаетъ кредитъ мелкаго землевладѣнія. Напротивъ, другіе, какъ Летте, Гӧтце, Meyer и т. д., были противъ корреальной ипотеки не только потому, что она крайне запутываетъ отношеніе, въ ущербъ специалитету, но и потому, что она оказываетъ и кредиту плохія услуги. Положимъ, 10 участковъ, по 100 марокъ каждый, обременяются одной ипотекой въ 100 марокъ. Всѣ они послѣ того теряютъ полный реальный кредитъ, такъ какъ послѣдующій кредиторъ не знаетъ, на какой участокъ падетъ взысканіе.

Главное вниманіе привлекаетъ теперь организація передачи ипотекъ, такъ какъ именно циркуляція ипотекъ и вызывала больше всего реформу и къ ней пригонялись всѣ измѣненія ипотечнаго права.

Болѣе умѣренные, какъ Вилльманнсъ и Берлинское юридическое общество, стояли за установленіе двойной формы для передачи ипотеки, выборъ между которыми долженъ быть предоставленъ сторонамъ и которыя отвѣчали

бы двоякому бытовому значенію ипотеки, именно, цѣлится ли послѣдняя обезпечить устойчивый кредитъ, открываемый лицомъ, желающимъ удержать ипотеку все время въ своихъ рукахъ, какъ разнаго рода учрежденія, сберегательныя кассы, резервные фонды, страховыя общества и т. д., или же ипотека цѣлится замѣнить уплату, и лицо получаетъ ее на преходящее время, такъ что она по задачѣ является циркуляціонной, какова ипотека, обезпечивающая наслѣдственную выдачу, недоплаченную цѣну, кредитъ на выстройку и т. д.

При ипотекахъ перваго рода не такъ важна легкость передачи, какъ обезпеченность и легкость полученія $^0/_0$-а. Этимъ требованіямъ и удовлетворяетъ такая организація, гдѣ каждая перемѣна кредитора записывается въ книгу. Запись стоитъ хлопотъ, но кредиторъ получаетъ всѣ выгоды, связанныя съ записью. Онъ обезпеченъ, онъ освѣдомляется ad domum о всѣхъ перемѣнахъ, происходящихъ съ ипотекой, онъ получаетъ $^0/_0$ безъ спеціальной легитимаціи. Такова именно Buchhypotheck.

При ипотекахъ второго рода получаетъ значеніе легкость передачи, такъ такъ ипотека берется вмѣсто денегъ и предназначается къ дальнѣйшей уступкѣ на деньги. Этимъ требованіямъ удовлетворяетъ организація ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя или Blanco-Giro (Briefhypothek). Зато обѣ эти формы затрудняютъ полученіе $^0/_0$-а и обезпеченность, затрудняютъ востребуемость долга и всякія извѣщенія кредитора о судьбѣ ипотеки. Единственное средство извѣщеній, возможное въ этомъ случаѣ, — публикаціи и преклюзіи по нимъ—ненадежное. Отсюда Вилльмансъ и дѣлаетъ заключеніе [1]), что индивидуальная ипотека нормально можетъ передаваться собственно только по первой формѣ, вслѣдствіе чего и институтъ можетъ служить только устойчивому кредиту; вторая форма грозитъ опасностями, и цѣли второго рода ипотеки должны скорѣе же удовлетворяться организованнымъ банковымъ кредитомъ.

Болѣе смѣлые идутъ, однако, дальше и требуютъ, чтобы обновленная ипотека была возможно болѣе способна къ транспорту, а потому если и допустить выборъ, то лишь между бумагами на предъявителя и именными свидѣтельствами, уступаемыми по Blanco-Giro. Таково, именно, мнѣніе Беккера [2]), большинства членовъ Берлинскаго юридическаго общества [3]), Летте [4]) и др.

Затрудненіе, возникающее при такой организаціи ипотечныхъ свидѣтельствъ при уплатѣ $^0/_0$, вотребованіи долга и т. д., полагаютъ возможнымъ устранить созданіемъ купоновъ или возложеніемъ на ипотечное установленіе обязанности посредника.

Въ ученіи о прекращеніи ипотеки юристовъ особенно занимаетъ случай сліянія ипотеки съ собственностью въ однѣхъ рукахъ. Юристы пытаются такъ организовать это отношеніе, чтобы принципіально не допустить повы-

[1]) Стр. 25 и слѣд.
[2]) 77—78 стр.
[3]) Стр. 18.
[4]) Стр. 51.

шенія послѣдующихъ ипотечныхъ кредиторовъ съ погашеніемъ предшествующей ипотеки. А въ то же время юристы считаются съ римскимъ догматомъ прекращенія болѣе узкаго права ипотеки при сліяніи его съ болѣе широкимъ правомъ собственности. При такихъ условіяхъ начало сукцессіи ипотеки представлялось юристамъ inelegantia juris. И они воскрешаютъ ученіе v. der Hagen объ абсолютной Locus-Theorie, гдѣ собственникъ, какъ таковой, распоряжался бы мѣстомъ, освободившимся отъ ипотеки, безъ боязни, что послѣдующія ипотеки повысятся. Право собственника признается и въ конкурсѣ [1]).

III. *Формальное ипотечное право.* Литературныя теченія стоятъ за полное проведеніе публицитета и спеціалитета, за начало консенза и ограниченіе легалитета [2]). Изъ начала консенза дѣлается выводъ къ введенію абстрактнаго волеизъявленія, а при абстрактныхъ волеизъявленіяхъ находятъ болѣе возможнымъ и сведеніе легалитета къ изслѣдованію чисто-внѣшнихъ условій дѣйствительности сдѣлки. Конечно, логически мыслимо упраздненіе легалитета и безъ введенія абстрактныхъ волеизъязвленій, какъ основы вещныхъ отношеній, какъ равно и обратное. Но исторически упраздненіе легалитета облегчалось введеніемъ абстрактнаго волеизъявленія.

Протестаціи допускаются только по требованію процессуальнаго судьи. Рекомендуется изготовленіе особыхъ межевыхъ картъ. Рекомендуется доступность ипотечной книги обзору всѣхъ гражданъ. Такъ же—возможная краткость и простота инструментовъ [3]). Рекомендуется упрощеніе самой организаціи ипотечныхъ установленій, им. послѣднія должны быть единоличными; [4]) нѣкоторые требуютъ, чтобы они были и отдѣльными отъ суда [5]), другіе рекомендуютъ до судебной реформы удержать связь ихъ съ судами [6]). Третьи настаиваютъ, чтобы ипотечныя установленія отправляли и обязанности частно-правовыя, им. посредническія, между должниками и кредиторами при уплатѣ % и т. п. [7]).

IV. Процессуальное и субгастаціонное право также подвергается критикѣ, какъ волокитное и мало отвѣчающее условіямъ времени. Цѣлый рядъ писателей намѣчаетъ разнообразныя его измѣненія. Насколько послѣднія цѣлятся придать производству быстроту и точность, настолько мы встрѣчаемъ солидарности во взглядахъ; но разногласія возникаютъ, когда рѣчь заходитъ о томъ, признать или не признать, что адъюдикація влечетъ прекращеніе всѣхъ ипотекъ; если признать это, придется старѣйшія ипотеки поставить въ своемъ существованіи въ зависимость отъ менѣе надежныхъ ипотекъ

---

[1]) Вильмансъ, 29, 33; Беккеръ, 76, 77; даже Дернбургъ, Das Preuss H. R. II и даже Gierke, Entwurf eines Bürg. GB.

[2]) См. особенно Willmanns, стр. 29 и слѣд.

[3]) Willmanns, стр. 31 и слѣд.

[4]) Eod. 37; также Lette и Bekker.

[5]) См. у Willmanns, 38.

[6]) Willmanns, 38.

[7]) Bekker.

и, сверхъ того, еще затруднить отчужденіе недвижимости, такъ какъ отчужденіе въ этомъ случаѣ будетъ возможно только за наличныя деньги; если же не признать этого,—кредиторы рискуютъ, что обремененная недвижимость перейдетъ въ ненадежныя руки. Исходъ изъ такого положенія находили въ томъ, чтобы кредиторамъ, въ случаѣ субгастиціи обремененной недвижимости, было предоставлено въ опредѣленный преклюзивный срокъ востребованіе ипотекъ [1]).

§ 84. Законодательныя мѣропріятія 60-хъ и 70-хъ гг.

I. Въ духѣ новыхъ идей правительству удается прежде всего провести мѣстный законъ для Neuvorpommern отъ 21 марта 1868 г., содержащій вотчинно-ипотечную систему. Законъ былъ сочувственно встрѣченъ въ Neuvorpommern и ободряюще подѣйствовалъ на реформаторовъ.

Кромѣ того, въ Subhastations-Ordnung отъ 15 марта 1869 г. проводятся и всевозможныя измѣненія въ правѣ экзекуціи на недвижимость, которыя цѣлились придать экзекуціи быстрый ходъ и надежнѣйшее дѣйствіе.

По иниціативѣ союзнаго канцлера, удѣлявшаго достойное вниманіе ипотечной реформѣ, былъ изготовленъ и опубликованъ въ январѣ 1868 г. проектъ устава поземельныхъ книгъ для сѣверо-германскаго союза, повидимому, по идеѣ Беккера, вся брошюра котораго, неразъ нами цитированная, представляетъ программу созданія для всего сѣверо-германскаго союза кредитнаго учрежденія на началѣ взаимности, которое и орудовало бы въ сферѣ ипотечнаго дѣла, опираясь на институтъ вотчиннаго долга. Проектъ также усвоилъ значительныя новшества; между прочимъ, въ цѣляхъ спеціалитета, предписывалось изготовленіе Grundkarten, на которыхъ бы отмѣчались границы всѣхъ записанныхъ въ ипотечную книгу имѣній съ геодезической точностью. Кромѣ того, въ проектѣ имѣлось въ виду возложить на ипотечныя установленія извѣстный родъ банковыхъ операцій. При такихъ широкихъ планахъ проектъ остался безъ движенія [2]).

II. Между тѣмъ, скорѣйшее выполненіе реформы общаго прусскаго ипотечнаго права представлялось все болѣе необходимымъ, а, послѣ успѣшной реформы для Neuvorpommern, и легче осуществимымъ.

Какъ разъ въ это время въ палатѣ господъ возникъ поводъ, по случаю одной петиціи, снова поднять вопросъ о реформѣ, и въ засѣданіи 16 дек. 1867 г. было рѣшено выразить правительству ожиданіе, „что оно представитъ ближайшему же Ландтагу давно ожидаемый проектъ новаго ипотечнаго устройства на началахъ, указанныхъ палатой еще въ 1857 г.“.

Въ отвѣтъ на это ожиданіе правительство и представило обработанные съ большой поспѣшностью и богатые новшествами проекты матеріальнаго и формальнаго ипотечнаго права сессіи $18^{68}/_{9}$ г. въ нижнюю палату. За исходомъ сессіи, проектъ не былъ завершонъ обсужденіемъ, и въ $18^{69}/_{70}$ г. снова

---

[1]) Willmanns, 40 и слѣд., Bekker 79 и слѣд., Lette, 57 и слѣд.

[2]) Dernburg u. H. I, 58.

былъ предъявленъ уже съ поправками, подсказанными первымъ обсужденіемъ. На этотъ разъ проектъ былъ въ нижней палатѣ обсужденъ и принятъ, но въ верхнюю палату дошелъ такъ поздно, что не было времени его разсмотрѣть. По окончаніи войны, въ ноябрѣ 1871 г., проектъ въ 3-й разъ былъ предъявленъ Ландтагу, именно палатѣ господъ, съ новыми поправками, подсказанными отчасти обсужденіемъ его въ нижней палатѣ, отчасти же критикой его въ литературѣ, главнымъ образомъ появившейся послѣ опубликованія проекта съ мотивами въ 1869 г. и принадлежавшей большей частью— перу парламентаріевъ. Въ сессіи Ландтага 1871—72 гг. проекты подверглись новому тщательному обсужденію обѣихъ палатъ; при этомъ палата господъ вносила въ проектъ смягченія новыхъ началъ, а палата нижняя возстановляла во многомъ правительственный проектъ. По соглашенію обѣихъ палатъ, проектъ получилъ санкцію и сталъ знаменитымъ закономъ 1872 г. 5 мая.

1. Первоначальный проектъ [1]) покоился на слѣдующихъ коренныхъ основаніяхъ, заимствованныхъ имъ въ большой мѣрѣ изъ очерченнаго нами литературнаго движенія 60-хъ и 70-хъ гг., хотя и не безъ самостоятельной мотивировки.

a) Производное пріобрѣтеніе собственности рѣзко и послѣдовательно раздѣляется на личное соглашеніе сторонъ о пріобрѣтеніи и на вещный договоръ, Auflassung, записываемый въ вотчинно-ипотечную книгу. Личное соглашеніе не производитъ болѣе Recht zur Sache и знаніе о немъ 3-го лица не означаетъ болѣе mala fides и не вредитъ дѣйствительности пріобрѣтенія со стороны 3-го лица отъ книжнаго собственника. Вещный договоръ Auflassung и запись послѣдняго въ книгу только и создаютъ пріобрѣтеніе собственности. При этомъ первоначально отправлялись отъ идеи, что центръ тяжести пріобрѣтательнаго акта лежитъ въ записи, и что запись оспаривается только въ случаѣ подлога, въ порядкѣ деликтнаго иска. Но уже въ 1869 г. допустили, что запись въ отношеніи первыхъ сторонъ оспорима изъ матеріальныхъ основаній, кореняшихся не только въ Auflassung, но и въ личномъ соглашеніи объ отчужденіи; въ послѣднемъ случаѣ, оспоримость осуществляется, однако же, скорѣе въ порядкѣ кондикціоннаго, чѣмъ виндикаціоннаго иска, такъ какъ Auflassung и запись абстрактные акты. Въ первомъ же случаѣ, виндикаціонный искъ направляется скорѣе, на исправленіе записи. Съ другой стороны, на основаніи личнаго соглашенія допускается искъ о совершеніи Auflassung. Auflassung совершается безъ указанія на личное соглашеніе и производитъ сама изъ себя пріобрѣтеніе собственности. Auflassung и запись не содержатъ болѣе ссылки на свою causa и выступаютъ передъ ипотечнымъ установленіемъ, какъ абстрактные акты. Auflassung влечетъ даже исцѣленіе формальныхъ недостатковъ личнаго волеизъявленія. Auflassung и запись, по идеѣ перваго проекта, становятся въ отношеніи другъ къ другу едва ли не въ положеніе titulus и modus, по крайней мѣрѣ во времени они мыслятся тамъ

---

[1]) Die Preussische Gesetzentwürfe über Grund.-Eig. u. H.-Recht nebst Motiven Berlin 1869.

раздѣльно. Auflassung можетъ быть совершена гдѣ и когда угодно и передъ вотчиннымъ установленіемъ выступаетъ лишь формально-одностороннее и абстрактное письменное соизволеніе книжнаго собственника на запись права собственности на имя пріобрѣтателя. Традиція лишается всякаго юридическаго значенія. Она является послѣдствіемъ пріобрѣтенія по Auflassung и записи. Этимъ путемъ проектъ хотѣлъ устранить дуплицитетъ собственности и поставить вотчинный оборотъ на твердую почву публицитета. Въ то же время, отрѣшая внѣшнимъ образомъ Auflassung отъ causa, проектъ думалъ подорвать почву легалитету и тѣмъ легче порвать съ нимъ. Какъ бы то ни было, но мы не можемъ не замѣтить уже въ организаціи вотчиннаго оборота аналогіи съ вексельнымъ правомъ, которая открыто и указывается составителями проекта въ мотивахъ къ проекту, касающихся собственно ипотеки.

Аналогично пріобрѣтенію собственности регулируется въ проектѣ и пріобрѣтеніе вещныхъ правъ, хотя проектъ освобождаетъ отъ публицитета тѣ вещныя права, которыя или и безъ того ясно выступаютъ наружу, или же не имѣютъ сколько нибудь важнаго экономическаго значенія.

в) Проектъ усваиваетъ самостоятельность ипотеки, но понимаетъ ее своеобразно, и во всякомъ случаѣ скорѣе по-римски, чѣмъ по-германски. Вообще, въ проектѣ замѣчается аналогія строенія самостоятельной ипотеки со строеніемъ пріобрѣтенія собственности по Auflassung и записи. Именно, въ жизни, разсуждаютъ мотивы къ проекту, ипотека всегда возникаетъ ради обезпеченія личнаго долгового отношенія и право не можетъ разрушить этого естественнаго свойства ипотеки; но, въ цѣляхъ надежности ипотечнаго оборота, проектъ находитъ возможнымъ, опираясь на предполагаемую волю сторонъ, придать ипотечному отношенію аналогичную съ векселемъ организацію, именно: обосновать возникновеніе ипотеки по записи ея въ книгу на одномъ только абстрактномъ соизволеніи собственника, не выводя на свѣтъ конкретнаго основанія этого абстрактнаго соизволенія. Тогда ипотека получаетъ самостоятельное существованіе, независимое отъ личнаго требованія, ею обезпечиваемаго,—напротивъ, она сама гарантируетъ исполненіе послѣдняго и, такъ сказать, тащитъ за собою личное долговое отношеніе. Это опять не только ставитъ ипотечный оборотъ на твердую почву публицитета, такъ что правовыя свойства ипотеки опредѣляются только книгой, но и облегчаетъ разрывъ съ легалитетомъ. Но это имѣетъ и рядъ другихъ послѣдствій. Главное такое послѣдствіе состоитъ въ томъ, что ипотечный искъ опирается только на фактъ записи ипотеки и направляется на удовлетвореніе только изъ заложенной недвижимости. Онъ свободенъ отъ всѣхъ возраженій, цѣль которыхъ—произвести недѣйствительность иска изъ недѣйствительнаго возникновенія долга; ибо послѣдній не есть фундаментъ иска. Искъ открытъ лишь тѣмъ возраженіямъ, которыя или вытекаютъ изъ ипотечной книги, или утверждаютъ прекращеніе долгового отношенія въ отношеніи истца, такъ какъ эти возраженія доказываютъ, что цѣль ипотеки, обезпеченіе долга, отпала и ипотека матеріально болѣе не существуетъ. Ипотечный искъ открытъ и тѣмъ возраженіямъ, которыя доказываютъ, что ипо-

течное право само возникло недѣйствительно, напр., установлено подложно фальшивымъ собственникомъ или въ фальшивомъ документѣ. Но и тутъ довѣріе къ ипотечной книгѣ вноситъ то ограниченіе, что пріобрѣтатель, не знающій или не участвовавшій въ событіяхъ, на которыхъ покоится возраженіе, защищается, другими словами, что всякое такое возраженіе принадлежитъ отвѣтчику непосредственно противъ каждаго истца, будетъ ли это первоначальный кредиторъ, или послѣдующій пріобрѣтатель ипотеки. Тутъ опять проводится аналогія векселя. Но проектъ, устанавливая начало, что ипотека по цѣли—акцессорна, а по установленію—самостоятельна, не ограничивается защитой 3-хъ лицъ, а идетъ дальше и исключаетъ возраженія изъ долгового отношенія даже противъ пріобрѣтателя ипотеки.

Тѣмъ менѣе проектъ допускаетъ 30 дней для exc. nom num. pec.

Но противъ личнаго притязанія должникъ защищается въ полной мѣрѣ, кто бы ни предъявилъ такой искъ.

Оба иска допускаютъ соединеніе, если истецъ есть не только ипотечный, но и личный кредиторъ, а отвѣтчикъ—не только личный, но и ипотечный должникъ. И при соединеніи личный искъ имѣетъ преобладаніе, даетъ фундаментъ, а ипотечный — вноситъ только модификацію, заявляющую себя только въ экзекуціонной инстанціи. При такомъ соединеніи исковъ отвѣтчикъ получаетъ полную свободу осуществить свои возраженія противъ фундамента личнаго притязанія и такимъ образомъ устранить ипотечное притязаніе.

Если первоначальный кредиторъ уступаетъ только ипотеку, цессіонарій пріобрѣтаетъ только ипотечный искъ; но первоначальный кредиторъ лишается все же и личнаго права требованія, чтобы должникъ не отвѣчалъ вдвойнѣ; отсюда, на личный искъ первоначальнаго кредитора должникъ получаетъ возраженіе объ уступкѣ кредиторомъ ипотеки. Въ тѣхъ же цѣляхъ кредитору запрещается уступка одного только личнаго требованія безъ ипотеки.

Исключеніе изъ очерченной догмы проектъ дѣлаетъ для ультиматныхъ и кауціонныхъ ипотекъ: при нихъ по существу дѣла съ самаго начала матеріальное отношеніе указывается въ книгѣ, и потомъ допускаются всѣ возраженія изъ матеріальнаго отношенія.

Когда недвижимость, обремененная ипотекой, отчуждается должникомъ въ 3-и руки, прежнее право сохраняло въ принципѣ личное долговое отношеніе кредитора и должника, а противъ новаго пріобрѣтателя ипотечный кредиторъ имѣлъ ипотечный искъ. Однако, потребности новаго ипотечнаго оборота заставили законодателя уже давно (Declar. v. 21 Mz. 1835) даровать кредитору личный искъ противъ новаго собственника недвижимости объ уплатѣ въ томъ случаѣ, когда покупатель участка принимаетъ ипотеку въ зачетъ цѣны, какъ будто этимъ вступаетъ и въ личное обязательство. Но это начало было проведено неуклюже; какъ будто должникъ цедируетъ кредитору право о томъ, чтобы должникъ былъ освобожденъ отъ требованія. Проектъ ставитъ вопросъ на принципіальную почву: кредитору дается преклюзивный срокъ выбирать между личнымъ требованіемъ на должника и на новаго пріобрѣтателя недвижимости. Если онъ молчитъ, законъ признаетъ

это за согласіе его на экснексуацію прежняго должника и обязанность пріобрѣтателя недвижимости. Такъ примиряются интересы всѣхъ сторонъ.

Послѣдующіе кредиторы открыто лишаются права оспаривать предшествующія ипотеки.

Допускается ипотека собственника съ самаго начала, при чемъ эта ипотека имѣетъ дѣйствіе въ субгастаціи; оправданіе проектъ видитъ въ томъ, что субгастатъ утрачиваетъ собственность на участокъ съ объявленіемъ приговора о присужденіи вещи съ торговъ, и при распредѣленіи цѣны онъ владѣетъ ипотекой уже не какъ собственникъ и можетъ осуществить ее какъ движимость.

Но корреальная ипотека допускается проектомъ. Проектъ не допускаетъ ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя, но не связываетъ цессій обязанностью записи.

Бланкоцессіи не допускаются проектомъ, кромѣ перваго перехода ипотеки собственника изъ рукъ послѣдняго въ первыя 3-ьи руки.

Протестаціи допускаются только по рѣшенію суда. Jus offerendi исключается. Въ духѣ измѣненій матеріальнаго права измѣняются и основанія формальнаго ипотечнаго права.

Предъявляя проектъ Ландтагу, правительственный коммиссаръ Förster[1]) оправдывалъ его тѣмъ, что дѣло реформы перезрѣло въ виду измѣнившихся условій жизни со времени кодификацій Фридриха В., а министръ юстиціи Leonhard[2])—ссылался на политическія цѣли: объединеніе какъ разныхъ прусскихъ областей, такъ и всей Германіи въ правовомъ отношеніи. Въ этихъ цѣляхъ проектъ призывается служить не новеллой, а кодификаціей вотчиннаго права.

2. Проектъ встрѣтилъ въ литературѣ не одинаковый пріемъ. Болѣе или менѣе согласно признается необходимость коренной реформы, въ видѣ кодификаціи, на которую претендовалъ и проектъ, но уже не такъ дружно раздѣляется принятое проектомъ направленіе реформы. Прежде всего, проектъ упрекаютъ въ крайней афористичности, не согласной съ природой кодификаціи.

Претендуя на роль кодификаціи, проектъ не обладаетъ свойствами таковой. Онъ не обнимаетъ всей регулируемой матеріи, подчасъ ограничивается казуистическими предписаніями и оставляетъ множество вопросовъ открытыми, такъ что судъ не сможетъ разобраться въ томъ, по какому праву разрѣшать открытые вопросы: старому или новому, а въ послѣднемъ случаѣ не будетъ имѣть руководящихъ началъ въ новомъ законѣ. Это плодъ поспѣшности реформы[3]).

---

[1]) Entwurf 1869, стр. 164.

[2]) Eod. стр. 157.

[3]) См. Hübner, Die Reformen auf dem Gebiete des Jmmob.-Sachen-Rechts. Breslau 1869; Ziebarth, Die Reform des Grundbuchrechts. Halle 1870; Bähr, Die Preuss. Ges.-Entwürfe über die Rechte an Grundvermögen. Iena 1870; Winter, Bemerkungen zu den Beschlüssen des preuss. Abgeordneten—Hauses über den am 8 Oct. 1869 vorgel. Ges.-Entwurf. Halle 1871. Dernburg въ концѣ концовъ держится взгляда на законъ 1872 г., какъ на новеллу, а не кодификацію. См. Das Preuss. HR. I и II.

Лишь не многіе сочувствуютъ основнымъ началамъпроекта въ организаціи вотчиннаго и ипотечнаго оборота и упрекаютъ проектъ только за частности [1]).

Напротивъ, большинство осуждаетъ самыя основы проекта. Такъ, Winter изслѣдуя положеніе первоначальнаго проекта о томъ, что переходъ собственности по записи не подлежитъ никакому оспариванію ни изъ личнаго соглашенія, ни даже изъ вещнаго договора Auflassung, даже между первоначальными контрагентами, осуждаетъ проектъ за чрезмѣрный формализмъ, который вовсе не требуется ипотечнымъ оборотомъ и попираетъ интересы вотчинныхъ отношеній, вводя такой порядокъ, при которомъ оплошность судьи можетъ лишить человѣка недвижимой собственности, при которомъ, далѣе, распоряженіе собственностью получаетъ форму какой то экспропріаціи властью, и при которомъ нищій имѣетъ больше права на поданный ему грошъ, чѣмъ землевладѣлецъ на свою вѣковѣчную недвижимость. Въ виду этого Winter и требуетъ, чтобы дѣйствительность записи зависѣла хотя отъ дѣйствительности Auflassung, а еще лучше, чтобы въ вопросѣ о дѣйствительности записи и Auflassung придавали значеніе и личной сдѣлкѣ. Связать такъ или иначе личное отношеніе съ вещнымъ необходимо и въ виду того, что составители проекта отклонили начало, по которому Auflassung исцѣляла-бы внутренніе пороки личнаго соглашенія объ отчужденіи. Ибо, при такомъ отклоненіи, получается крайне странное явленіе: пріобрѣтатель получаетъ собственность по Auflassung, а отчуждатель не имѣетъ противъ него никакихъ средствъ, такъ какъ личное соглашеніе порочно, а Auflassung—абстрактна [2]).

Умаленіе значенія Auflassung и преувеличеніе значенія записи даже по исправленіи отмѣченнаго Винтеромъ недостатка проекта въ 1869 г. отмѣчаютъ и другіе критики, напр. Bähr [3]). Бэръ упрекаетъ проектъ за непослѣдовательность, такъ какъ въ случаѣ добровольнаго пріобрѣтенія все рѣшаетъ запись, а не Auflassung, тогда какъ въ прочихъ случаяхъ пріобрѣтенія запись является уже только основаніемъ легитимаціи собственника на распоряженіе недвижимостью. Ради послѣдовательности началъ Бэръ, подобно Винтеру, требуетъ выдвинуть Auflassung. Бэръ мотивируетъ необходимость того еще и тѣмъ, что въ 1869 г. проектъ уже допускаетъ оспоримость пріобрѣтенія изъ пороковъ Auflassung и даже изъ пороковъ личнаго соглашенія и усваиваетъ такимъ путемъ какъ будто даже вліяніе bona f. на пріобрѣтеніе.

Но не мало возраженій было сдѣлано и о томъ, что проектъ, въ сущности, не вполнѣ устраняетъ дуплицитетъ собственности, такъ какъ допускаетъ искъ о погашеніи неправильно совершонной записи [4]). И это возраженіе было правильно, только тутъ дуплицитетъ былъ сведенъ уже къ тому

---

1) Hübner, цит. соч.

2) Winter, стр. 4 и слѣд., особ. 8 стр.

3) Стр. 75, особ. 78 цит. соч.

4) Ziebatth, стр. 15 и слѣд.; противъ него—Bähr, 128 и слѣд.

минимуму, который неизбѣженъ при вотчинной системѣ, насколько она не проводитъ полнаго формализма и оставляетъ мѣсто осуществленію матеріальнаго отношенія въ исправленіе формальнаго состоянія.

Какъ бы то ни было, но правительство вняло голосу критики и въ проектѣ, представленномъ въ 1871 г. отношеніе Auflassung и записи измѣняется. Auflassung и Eintragung третируются уже какъ единое цѣлое, формальный вещный договоръ, гдѣ Auflassung даетъ содержаніе, а Eintragung служитъ ему формой. Auflassung и Eintragung и совершаются теперь единовременно въ самомъ вотчинномъ установленіи. Auflassung облекается въ устную форму. И этотъ единый вещный договоръ, такимъ образомъ, долженъ быть въ цѣломъ дѣйствителенъ, т. ч. пороки Auflassung опорочиваютъ и запись. А сверхъ того въ отношеніяхъ первыхъ лицъ допускается и оспариваніе отчужденія изъ пороковъ личнаго соглашенія, хотя вещный договоръ остается абстрактнымъ при его совершеніи, и актъ личной сдѣлки не представляется [1]), такъ что оспариваніе отчужденія совершается въ порядкѣ condictio.

3. Еще болѣе возраженій встрѣтила теорія самостоятельной ипотеки. Эта теорія, замѣчаетъ Ziebarth [2]), отправляется отъ личнаго взгляда Förster [3]), будто самостоятельный вотчинный долгъ невозможенъ, а нужно непремѣнно личное требованіе при ипотекѣ. Неправда, Bremer [4]) доказалъ, что мыслимо и полномочіе извлечь изъ вещи путемъ отчужденія извѣстную сумму денегъ. Это и есть простое и ясное понятіе вотчиннаго долга. Проектъ же впадаетъ въ путаницу, такъ какъ по нему выходитъ, съ одной стороны, что ипотека немыслима безъ долгового личнаго отношенія, а, съ другой стороны, что ипотека тащитъ за собою недѣйствительный личный долгъ. И все это придумано для оправданія востребуемости ипотеки. Положимъ, самостоятельная ипотека будетъ contradictio in adjecto. Но тогда придадимъ новому юридическому явленію и новое имя Grundschuld. Это явленіе—плодотворное для оборота. На немъ и слѣдуетъ остановиться.

Bähr [5]), чаще всего солидарный съ Ziebarth'омъ, въ общей критикѣ теоріи самостоятельной ипотеки проекта дѣлаетъ еще новый упрекъ проекту. Именно, такъ какъ проектъ хочетъ, въ сущности, вотчиннаго долга, то, какъ ни хорошъ послѣдній, его нельзя навязать всѣмъ, такъ какъ онъ является Wechselhypothek, законъ же не навязываетъ всѣмъ личнымъ долговымъ отношеніямъ вексельную форму. Отсюда Bähr первый вноситъ идею одновременной организаціи ипотеки и вотчиннаго долга. Bähr упрекаетъ проектъ и за то, что онъ не допускаетъ возраженій на ипотеку даже противъ перваго ея пріобрѣтателя. Этого не знаетъ и вексельное право! Да и мотивы тому подысканы чисто теоретическіе, а не практическіе. Winter, бо-

---

[1]) См. Werner, die Preuss. Gr. u. H.-Ges. v. 5 Mai 1872 nebst Materialien. Berlin 1872. II, 15 стр.

[2]) 6 стр. и слѣд.

[3]) Förster, Privatr. 2 Aufl. III, 367.

[4]) Hyp. u. Grundsch. Göttingen 1869.

[5]) Стр. 86 и слѣд., особ. 106.

лѣе сдержанно относящійся вообще къ новшествамъ проекта, находилъ бы возможнымъ остаться и вовсе при одной акцессорной прежней ипотекѣ, оградивъ ее отъ возраженій, не опирающихся на ипотечную книгу [1]). Тѣмъ болѣе онъ возстаетъ противъ недопустимости возраженій на ипотеку даже въ непосредственныхъ отношеніяхъ первыхъ контрагентовъ.

Было сдѣлано не мало и детальныхъ возраженій на проектъ и, притомъ, съ разныхъ сторонъ, въ духѣ извѣстныхъ уже намъ литературныхъ теченій 60-хъ и 70-хъ гг. [2]).

Однако, представленный въ 1871 г. проектъ остался глухъ къ критикѣ на его ипотеку.

4. Въ палатѣ господъ, въ комиссіи ея и въ общемъ собраніи снова раздаются очерченные упреки по адресу проектовъ, особенно же предъявляется требованіе, чтобы Auflassung была вооружена началомъ bona fides, и чтобы ипотека была организована въ 2-хъ формахъ: прежней, акцессорной, и новой, самостоятельной. Высказывались также и разныя другія пожеланія, въ духѣ литературныхъ теченій 60-хъ и 70-хъ гг.

Правительственный комиссаръ былъ противъ допущенія bona f. въ вотчинныхъ отношеніяхъ, такъ какъ это не отвѣчаетъ болѣе новѣйшему правообразованію въ области общаго права, откуда только начало b. f. и было воспринято въ Ландрехтъ, но онъ соглашался допустить двоякую организацію реальнаго кредита, только хотѣлъ, чтобы въ отношеніяхъ вотчиннаго долга все рѣшало содержаніе вотчинно-долгового свидѣтельства, насколько, впрочемъ, послѣднее не противорѣчитъ ипотечной книгѣ.

Однако, палата господъ внесла въ проектъ рядъ смягченій, направлявшихся на водвореніе bona fides въ вещныхъ отношеніяхъ, на защиту лица, получившаго по традиціи недвижимость, на большую зависимость Auflassung и записи отъ личной сдѣлки, въ основѣ ихъ лежащей, и на сохраненіе за ипотекой прежнихъ свойствъ ея, на-ряду съ допущеніемъ вотчиннаго долга. Но и вотчинный долгъ долженъ быть проникнутъ началомъ bona fides.

5. Нижняя палата, напротивъ, въ лицѣ комиссіи возстановила начала, заложенныя въ проектъ, и отмѣнила смягченія, внесенныя въ проектъ верхней палатой, за нѣкоторыми исключеніями. Такъ, нижняя палата отвергла начало bona fides какъ въ вещныхъ, такъ и ипотечныхъ отношеніяхъ, и усвоила бланко-цессіи, какъ общую форму циркуляціи ипотечныхъ свидѣтельствъ.

А въ общемъ собраніи, гдѣ участвовали и нѣкоторые литературные критики проекта, какъ Baehr, Winter и др., все же были приняты рѣшенія комиссіи нижней палаты.

Раздались голоса (Baehr), чтобы, въ виду различнаго назначенія ипотеки и вотчиннаго долга (Sicherungshypothek и Verkehrshypothek), была проведена разница въ правѣ возраженій на нихъ, им. возраженія на ипотеку

1) Стр. 28, особ. 32.

2) См. труды тѣхъ же только что поименованныхъ юристовъ.

были расширены, а возраженія на вотчинный долгъ ограничены, тогда какъ комиссія уравниваетъ въ этомъ отношеніи оба вида ипотеки.

Но на это возражали (Langerhaus), что это значило бы вернуться къ старому порядку и допустить на ипотеку возраженія изъ личныхъ отношеній. Съ другой стороны, возражали и на то, чтобы вотчинный долгъ допускалъ возраженія только изъ своего свидѣтельства, такъ какъ это привело бы къ невозможному положенію въ случаѣ погашенія вотчиннаго долга въ конкурсѣ, и для вотчиннаго долга требовали той же основы возраженій— им. ипотечной книги.

Но двоякая форма ипотеки все же была принята единогласно.

6. Палата господъ уступила и согласилась съ измѣненіями, внесенными нижней палатой [1]).

§ 85. Матеріальное и формальное вотчинно-ипотечное право законовъ 5 мая 1872 года.

Такъ, въ погонѣ за политическими успѣхами, путемъ взаимныхъ компромиссовъ различныхъ правовыхъ направленій, въ порядкѣ законодательной горячки возникли законы 1872 г. 5 мая [2]), претендованіе на кодификацію вотчиннаго права въ духѣ національныхъ германскихъ правовыхъ учрежденій и въ цѣляхъ удовлетворенія жизненныхъ потребностей въ реформѣ.

Попытаемся теперь очертить реформированное право.

I. *Формальное право.*

1. *Книги.* Основа вотчинно-ипотечной системы, им. вотчинная книга въ существенномъ осталась прежняя, и, по прежнему, система эта примѣняется принудительно ко всѣмъ владѣніямъ. Каждый отдѣльный участокъ получаетъ въ книгѣ особый листъ (Grundbuchblatt), составляющій самостоятельное цѣлое и исключительный источникъ того, какія правоотношенія установлены на данный участокъ [3]). Съ открытіемъ такого листа записанный участокъ подчиняется jus speciale, данному съ учрежденіемъ вотчинной системы [4]).

Подраздѣленія листа вотчинной книги въ существенномъ также старыя. Новые законы измѣняютъ лишь детали [5]). Поэтому прежнія книги ведутся и впредь по старому формуляру, и только вновь изготовляемыя книги организуются по новымъ формулярамъ [6]).

---

[1]) Движеніе проектовъ въ Ландтагѣ и обсужденіе ихъ тамъ, см. у Werner цит. труды, ч. I и II.

[2]) Ихъ два: матеріальное право вотчинное регулируетъ Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke u. Selbst. Gerechtigkeiten. Формальное право вотч. регулируется въ Grundbuch-Ordg. Имѣется особое изданіе ихъ v. Otto Fischer. Berlin 1895. Лучшая обработка ихъ у Dernburg u. H., Das Preuss. HR., I и Dernburg, тоже II.

[3]) § 1 и 7, GBO.

[4]) Dernburg u. H. I, 83.

[5]) § 7, 8 GBO.

[6]) GBO. § 6.

Въ общемъ, листы вотчинной книги, согласно принципу спеціалитета, являются, по прежнему, Realfolien, такъ что система книгъ — реальная, по имѣньямъ. Для обозначенія объекта, или предмета всѣхъ послѣдующихъ записей служитъ Tibelblatt листа.

Но, повидимому, въ отвѣтъ на неоднократно раздававшіяся жалобы о необходимости упрощенія системы для мелкаго, раздробленнаго землевладѣнія, законъ вводитъ листы, на титулѣ которыхъ обозначается только собственникъ, предоставляя выборъ системы вотчинному установленію [1]. Однако, новшество не радикальное, и личный листъ тутъ иной, чѣмъ во французскомъ типѣ, такъ какъ въ Пруссіи и при личныхъ листахъ имѣется спецификація имѣнья, только въ другомъ мѣстѣ, им. въ 1 отдѣлѣ, такъ что на реальномъ листѣ переставляется мѣсто указанія собственника и описанія имѣнья. Отсюда, спеціалитетъ соблюдается въ обоихъ случаяхъ [2].

Дальнѣйшія записи, служащія обороту недвижимостей, находятъ свое мѣсто въ 3-хъ отдѣлахъ,—прежнихъ рубрикахъ,—не произвольныхъ, а подсказанныхъ строемъ вотчиннаго права. Первый отдѣлъ вскрываетъ отношенія собственности; второй—ограниченія распоряженія и невостребуемыя обремененія; третій—востребуемыя ипотеки и вотчинные долги [3].

Листы отдѣльныхъ имѣній обединяются въ книги, а послѣднія ведутся для отдѣльныхъ общинъ, налоговыхъ округовъ и т. п., въ соотвѣтствіи сложившемуся строю [4].

По исключенію, допускается объединеніе отдѣльныхъ имѣній, принадлежащихъ одному лицу въ одномъ вотчинномъ округѣ, на одномъ листѣ. Это объединеніе предоставляется вотчинному установленію и ставится въ зависимость отъ того, чтобы объединеніе не вносило путаницы и затрудненій въ дѣло [5]. Въ дѣйствительности, затрудненіе тутъ неизбѣжно, разъ вотчинная книга цѣлится провести публицитетъ реальнаго состоянія имѣній извѣстнаго округа, такъ какъ при объединеніи такого рода, для выясненія реальныхъ отношеній извѣстнаго округа, иногда пришлось бы привлекать всѣ вотчинныя книги даннаго вотчиннаго установленія, вслѣдствіе чего надежность поисковъ можетъ быть сомнительной [6].

Вотчинная книга снабжается внѣшнимъ публицитетомъ уже на болѣе широкихъ началахъ, чѣмъ прежде. Доступность книги осмотру каждаго желающаго, какъ этого требовали литературные критики прежняго права, не была усвоена по практическимъ соображеніямъ, какъ-то: опасеніе, что общедоступность книги повлечетъ безполезное обремененіе вотчинныхъ установленій, опасеніе за цѣлость книгъ, ненужное и нескромное вторженіе въ отно-

---

[1] GBO. § 6.
[2] Dernburg u. H. I, 84.
[3] GBO. § 7—12 и формуляры къ нимъ.
[4] § 1 GBO. Dernburg и H. I, 85.
[5] GBO. § 13.
[6] Dernburg u. H I, 85.

шенія 3-хъ лицъ. Поэтому дозволеніе осмотра книгъ и предоставляется всецѣло усмотрѣнію судьи, завѣдующаго установленіемъ [1]).

Внутренній публицитетъ книгъ усиливается въ томъ отношеніи, что запись въ книгу теперь становится сама себѣ основаніемъ, и за разъясненіемъ ея смысла лицо не отсылается болѣе къ документамъ. Отсюда толкованіе записи опирается только на самую запись, и толкуется запись по особымъ правиламъ, какъ актъ судебной власти [2]).

Новое право знаетъ и прежніе вотчинные акты [3]), значеніе которыхъ, какъ архива для документовъ о вотчинныхъ сдѣлкахъ, нѣсколько умалено, въ виду формализаціи ипотечнаго дѣла. Еще менѣе остается за ними другая роль—дополненія къ вотчинной книгѣ, такъ сказать источника данныхъ о правоотношеніяхъ, особенно выдвинутая прежнимъ правомъ вслѣдствіе легалитета, при которомъ установленіе часто оставляло актъ у себя, по случаю маловажныхъ недочетовъ просьбы о записи и впредь до устраненія послѣднихъ. Паденіе начала легалитета, формализація соизволенія на запись и непосредственное слѣдованіе записи за Auflassung—значительно подорвали эту роль актовъ и сводили ихъ на степень собранія доказательствъ, оправдывающихъ запись съ матеріальной стороны. Однако, сложность хода дѣла въ вотчинномъ установленіи все же нерѣдко влечетъ раздѣленіе во времени предъявленія права къ записи и выполненія послѣдней. А такъ какъ предъявленіе права рѣшаетъ вопросъ о старшинствѣ права по книгѣ, то вотчинные акты сохраняютъ впредь и второе ихъ значеніе; отсюда—и предписывается ихъ публичность [4]). Равно, въ случаѣ ошибки, допущенной при записи, напр., ранговаго распорядка, вотчинные акты опять только и даютъ основаніе къ регрессу или даже исправленію вотчинной книги, если это еще возможно [5]).

2. *Вотчинное установленіе*. Литературные критики прежняго права требовали отобранія вотчинно-ипотечнаго дѣла у судовъ и передачи его административнымъ единоличнымъ органамъ, въ цѣляхъ ускоренія производства.

Реформа удовлетворила и этому требованію, впрочемъ, только отчасти. Новые законы сохраняютъ за вотчиннымъ установленіемъ свойства судебнаго органа, именно jurisdictio voluntaria, но измѣняютъ организацію и порядокъ дѣйствія его въ духѣ реформаціонныхъ требованій. Установленіе состоитъ теперь изъ единоличнаго судьи и еще изъ книговода; но состоитъ при судѣ низшей инстанціи, подъ его надзоромъ, и юридически представляетъ не самостоятельное установленіе, а бюро суда [6]).

---

[1]) GBO. § 19. Dernburg u. H. I, 85 требуетъ доступности и вотчинныхъ актовъ, которые даютъ свѣдѣнія о правоотношеніяхъ, предъявленныхъ къ записи, но еще не записанныхъ.

[2]) Dernburg u. H. I, 135—142.

[3]) GBO. § 18. Собраніе всѣхъ данныхъ о книжныхъ правахъ съ копіей книжнаго листа ведутся по имѣньямъ.

[4]) § 19 GBO.

[5]) Dernburg и H. I, 112—118.

[6]) GBO § 20—29: Grundbuchamt. Въ 1879 г., однако, вотчинное дѣло передано было реформированнымъ судамъ I-й инстанціи (Amtsgericht), гдѣ вотчиннымъ установленіемъ является особое отдѣленіе этого суда.

Округа на которые установленіе простираетъ свою компетенцію, строго опредѣлены географически, что является важнѣйшей гарантіей правильной постановки вотчиннаго режима [1]). Однако, и въ новомъ правѣ это здоровое начало терпитъ неудобныя для дѣла ограниченія; именно, нѣкоторыя крупныя имѣнья изъяты изъ общаго подчиненія ихъ вотчиннымъ установленіямъ [2]); имѣнья, расположенныя на границѣ вотчинныхъ участковъ, подчиняются всецѣло одному вотчинному установленію [3]); наконецъ, на одинъ листъ заносятся всѣ имѣнья одного лица, лежащія внутри одного судебнаго округа, хотя и не внутри одного вотчиннаго округа [4]).

Новый законъ знаетъ и надсматривающія, и жалобныя инстанціи; такими являются—предсѣдатель суда даннаго округа, президентъ аппелляціоннаго суда, министръ юстиціи [5]).

3. *Имѣнія*. Законъ, по-прежнему, признаетъ за объектъ вотчинно-ипотечныхъ отношеній только недвижимости и имъ подобныя права. Но не всѣ недвижимости теперь вѣчны, напримѣръ, горная собственность. Масса самостоятельныхъ правомочій уже отмѣнены. По-прежнему, далѣе, нѣкоторыя имѣнія не подлежатъ вотчинной системѣ, пока не отчуждены, не обременены ипотеками, или пока собственникъ не потребовалъ подчиненія ихъ режиму, какъ-то: домены, церковныя, монастырскія, общинныя, принадлежащія школамъ, желѣзнымъ дорогамъ и т. п.

Важное принципіальное новшество реформированнаго права представляетъ собою связь вотчинныхъ книгъ съ кадастровыми. Имѣніе характеризуется въ вотчинной книгѣ вкратцѣ такъ, какъ его характеризуетъ въ подробностяхъ кадастровая книга. Самостоятельное по кадастровой книгѣ имѣніе получаетъ и въ вотчинной книгѣ особый свой листъ. И впредь поддерживается между обѣими системами живая связь, благодаря которой измѣненія въ состояніи имѣнія, регистрируемыя въ одной системѣ, сообщаются другой системѣ [6]). Казалось-бы, что связь вотчинной системы съ кадастровой системой измѣняетъ самое руководящее начало характеристики фактическаго состава имѣнія, устанавливая на мѣсто стараго, историческаго, новое географическое начало, и что, кромѣ того, кадастръ завершаетъ начало спеціалитета недвижимостей и даетъ мозможность вооружить характеристику физическаго состава имѣнія, содержащуюся въ вотчинной книгѣ, началомъ fides publica. Однако, какъ доказываетъ Дернбургъ, путемъ остроумнѣйшихъ сооображеній [7]), связь вотчинной системы съ кадастромъ достигнетъ указанныхъ цѣлей

---

[1]) Dernburg u. H. I, 89.
[2]) Dernburg u. H. I, 92.
[3]) GBO. § 25 и слѣд.
[4]) GBO. § 13; это стало возможно послѣ судебной реформы 1879 г.
[5]) GBO. § 23, 24 и др.
[6]) GBO. § 1, 4, 8.
[7]) Dernburg u. H. I, 175 и слѣд.

развѣ только въ отдаленномъ будущемъ. Дѣло въ томъ, что кадастръ, по своей задачѣ, ограничивается приблизительной точностью измѣренія, фактомъ обладанія недвижимостью новаго владѣльца и т. д.

И если бы вотчинная система довѣрилась кадастровой системѣ въ текущей регистраціи объема имѣній, получилось бы вопіющее крушеніе вотчинной системы. Отсюда, указанія вотчинной книги на заглавномъ листѣ о величинѣ и составѣ имѣнія не могутъ до времени имѣть publica fides; скорѣе же, тутъ все остается по-прежнему.

4. *Производство.* a) По старому праву производство въ вотчинномъ установленіи было проникнуто началомъ легалитета, вслѣдствіе чего установленіе нерѣдко дѣйствовало въ вотчинномъ дѣлѣ ex officio, безъ иниціативы сторонъ. Намъ уже извѣстно, какія нападки дѣлались на этотъ строй производства со стороны критической литературы. Въ отвѣтъ на это требованіе литературы и въ духѣ новыхъ условій реформированное право усвоило новый принципъ, именно принципъ консенза, или частной иниціативы, въ силу котораго производство по общему правилу начинается только по иниціативѣ сторонъ [1]); установленіе же освобождается отъ обязанности блюсти интересы сторонъ безъ почина со стороны послѣднихъ.

Но судья все же остается стражемъ пріобрѣтенныхъ по вотчинной книгѣ правъ, и потому онъ можетъ исполнить требованіе сторонъ лишь тогда, когда ему представлены законныя предположенія, необходимыя для требуемаго измѣненія состоянія вотчинной книги. И въ этомъ отношеніи принципъ лигалитета не потерпѣлъ существенныхъ измѣненій. Различіе новаго права отъ стараго заключается тутъ въ томъ, что старое право требовало отъ сторонъ доказательства наступленія матеріальныхъ измѣненій въ состояніи права, подлежащихъ публикаціи въ вотчинной книгѣ (традиція совершилась, титулъ для новаго права возникъ), новое же право въ основу требованій записи полагаетъ одно соизволеніе лица, пассивно-заинтересованнаго въ записи, — отрѣшенное отъ всякой causa выраженіе его воли, направленной на дозволеніе просимой записи.

Принципъ консенза, такимъ образомъ, цѣлится ограничить лежащую на судьѣ обязанность, блюсти состояніе книги, изслѣдованіемъ простой наличности юридическихъ условій дѣйствительности соглашенія интерессентовъ на запись. Соглашеніе это формализировано, оторвано отъ своихъ обязательственныхъ предположеній. Эта формализація есть также новшество, введенное реформой.

Соизволеніе или выражается непосредственно передъ судьею, или оно дается просителю записи, который и сообщаетъ его вотчинному установленію.

Соизволеніе не требуется, когда требованіе записи и безъ того представляется судьѣ безспорнымъ, напр., основывается на судебномъ приговорѣ, обязывающемъ книжнаго собственника дать соизволеніе, или исходитъ отъ

---

[1]) GBO. § 30.

учрежденія, уполномоченнаго по закону осуществить запись въ вотчинную книгу.

Въ духѣ новаго права, просьба о записи требуется самостоятельная, отдѣльная отъ акта сдѣлки, на которой покоится соизволеніе. Просителемъ можетъ быть какъ книжный управомоченный, чье право затрогивается записью, такъ и тотъ, кто хочетъ пріобрѣсти право.

Въ цѣляхъ надежности системы, просьбы о записи и документы, на которыхъ основывается запись, должны совершаться въ судѣ или у нотаріуса и явлены и засвидѣтельствованы тамъ [1]).

b) Существенное значеніе имѣетъ предъявленіе просьбы въ установленіе, моментъ котораго и отмѣчается судьею на предъявленныхъ актахъ, такъ какъ имъ опредѣляется старшинство права и порядокъ записи послѣдняго въ вотчинную книгу [2]).

Весь ходъ производства и все, до вотчинной книги имѣнья относящееся, отражается на вотчинныхъ актахъ [3]).

c) Прежнее право вмѣняло судьѣ въ обязанность и въ право всестороннее изслѣдованіе предъявляемаго къ записи правоотношенія, не только со стороны внѣшнихъ условій дѣйствительности послѣдняго, но и со стороны внутреннихъ его свойствъ. Таковъ и былъ легалитетъ.

Новое право отказалось отъ легалитета, но только въ его чрезмѣрныхъ границахъ. Поскольку же въ легалитетѣ было заложено здоровое ядро, постольку онъ былъ удержанъ и впредь. И впредь судья является стражемъ правъ, записанныхъ въ вотчинную книгу, и принимаетъ мѣры къ соблюденію ихъ: отклоняетъ требованія, не опирающіяся на вотчинную книгу или несогласныя съ записанными тамъ правами; принимаетъ къ свѣдѣнію и прежде вступившія, но еще не записанныя просьбы, насколько онѣ видоизмѣняютъ состояніе книги, предполагаемое позднѣйшей записью.

Судья изслѣдуетъ со стороны формы и содержанія всѣ легитимаціонные документы, представляемые просителями, въ качествѣ уполномоченныхъ, представителей, преемниковъ права и т. д., такъ какъ все это служитъ предположеніемъ защиты правъ, пріобрѣтенныхъ записью. Рѣшеніе этихъ вопросовъ имѣетъ судебную природу.

Далѣе идетъ изслѣдованіе свойствъ просьбы и ея приложеній съ той стороны, имѣется ли на лицо достаточная достовѣрность документовъ, тождество и дѣеспособность сторонъ, ясность субъекта и объекта, ясность отношенія и т. д.

Не допускается только изслѣдованіе юридическаго значенія сдѣлокъ, вызывающихъ запись, когда лицо дало согласіе на послѣднюю. Судья не изслѣдуетъ болѣе обязательственнаго отношенія сторонъ. Исключеніе устанавливается только для акцессорной ипотеки, но и тутъ судья констати-

---

[1]) GBO. § 30—41, 47. EG. § 3, 14, 19, 49, 53.
[2]) GBO. § 42.
[3]) GBO. § 18.

руетъ только фактъ, что согласіе на запись и обязательственный актъ относятся къ одному и тому же основанію долга. Изслѣдованіе же матеріальное этого основанія долга воспрещается судьѣ. И только когда просьба сама по себѣ или въ ссылкѣ на документы указываетъ явную противозаконность обязательства, то, за неимѣніемъ въ такомъ случаѣ юридически дѣйствительнаго согласія на запись, судья, по началу легалитета, отвергаетъ просьбу.

Новое право представляетъ свободному усмотрѣнію судьи рѣшеніе вопроса о томъ, какъ поступать съ просьбами, оказавшимися при изслѣдованіи ихъ не вполнѣ удовлетворительными [1]).

d) Основательныя просьбы удовлетворяются соотвѣтствующимъ приказомъ судьи о записи. Запись выполняетъ книговодъ [2]).

Запись рѣшаетъ вопросъ о переходѣ собственности въ случаяхъ добровольнаго отчужденія, о дѣйствіи вещныхъ правъ въ отношеніи 3-хъ лицъ, о возникновеніи права ипотеки и вотчиннаго долга [3]).

Но необходимо отличать механическую запись (Einschreilung) отъ правового понятія записи (Eintragung). Эта послѣдняя является сложнымъ актомъ. И центръ ея въ просьбѣ о записи, надлежаще обоснованной. Этой просьбой опредѣляется пріобрѣтеніе права, она же вліяетъ и на рѣшеніе вопросовъ о bona fides пріобрѣтателя, о вліяніи конкурса на пріобрѣтеніе уже предъявленныхъ ипотекъ и т. д. [4]). Но полный публицитетъ пріобрѣтеніе права получаетъ только съ механической записью, отсюда GBO и требуетъ, чтобы юридическая запись датировала съ момента механической записи [5]).

e) Лица, права которыхъ затрогиваются записью, могутъ осуществить свое притязаніе лишь въ порядкѣ оспариванія записи; отсюда—заинтересованныя лица извѣщаются о совершившейся записи [6]).

f) Существеннымъ регуляторомъ дѣятельности судьи служитъ частноправовая отвѣтственность его за нарушенія служебныхъ обязанностей виновнымъ образомъ. Это, съ одной стороны, обезпечиваетъ заботливость и точность дѣйствій установленія, а съ другой—усиливаетъ склонность судьи къ формализму и требовательность его къ публикѣ [7]).

Но если это было свойственно уже прежнему праву, то новое создаетъ еще и субсидіарную отвѣтственность государства, если чиновникъ не можетъ вознаградить потерпѣвшаго ущербъ [8]).

g) Новый законъ усваиваетъ и институтъ отмѣтокъ, преслѣдующихъ разнаго рода цѣли. Но онъ устанавливаетъ иной порядокъ ихъ записи. Въ

---

1) GBO. § 46 и др., EG. § 19. Dernburg u. H. I, 118—128.
2) § 43 GBO.
3) Eg. § 1, 12, 18.
4) GBO. § 43. Dernburg u. H. I, 130 и сл.
5) GBO. § 44.
6) § 57, 121 GBO.
7) Dernburg и H. I, 132 и сл.
8) GBO. § 29.

то время какъ раньше отмѣтки могли заноситься и самимъ вотчиннымъ установленіемъ, теперь онѣ допускаются только по волѣ пассивно-заинтересованнаго, приказу суда и требованію власти, управомоченной на требованіе окончательной записи. Новый порядокъ не только отвѣчаетъ началу консенза, но и вообще старается ограничить невыгодное вліяніе института отмѣтокъ на оборотъ [1]).

h) Регламентація погашеній аналогична, въ общемъ, съ регламентаціей записей. Особенности ея будутъ указаны для ипотеки, такъ какъ больше всего касаются послѣдней.

i) Тамъ же будетъ указана и регламентація цессій и роль ипотечныхъ свидѣтельствъ, которыя теперь, по правилу, только и имѣютъ мѣсто при ипотекѣ. Вотчинное свидѣтельство, in vim recognisicnis, теперь и не выдается [2]).

II. Право собственности.

1. Мы уже знаемъ, что реформаціонное движеніе стремилось устранить дуплицитетъ собственности путемъ усиленія формализма, т. е. пріуроченія пріобрѣтенія собственности къ записи въ книгу. Этотъ дуплицитетъ, какъ вѣрно замѣчаетъ Дернбургъ [3]), не былъ въ сущности правовымъ, не означалъ внутренняго противорѣчія старой системы, а сводился лишь къ фактическимъ неудобствамъ стараго строя. Въ правовомъ смыслѣ дуплицитетъ и не существовалъ, и не могъ существовать. Книжный собственникъ, отчудившій и традировавшій недвижимость, не былъ управомоченъ устанавливать ипотеку на недвижимость,—онъ лишь фактически находился въ такомъ положеніи, что могъ злоупотребить принадлежащимъ ему, по виду, правомъ, такъ какъ все еще значился по книгѣ собственникомъ, слѣд. легитимировался на распоряженія имѣньемъ. Но онъ былъ отвѣтственъ за совершонную имъ гражданскую неправду передъ истиннымъ собственникомъ. Истинный же собственникъ могъ и установить ипотеку, но ипотека возникала дѣйствительнымъ образомъ только тогда, когда такой собственникъ запишетъ на себя имѣнье, на что онъ имѣлъ право.

Но все же практическія невыгоды прежняго строя были огромныя. Новый законъ и стремится ихъ устранить, стараясь въ большей мѣрѣ, чѣмъ прежде, связать матеріальное пріобрѣтеніе съ записью въ книгу.

2. Всѣ проекты стояли на томъ, чтобы переходъ собственности былъ пріуроченъ къ записи главнымъ образомъ только въ случаѣ добровольнаго отчужденія, въ прочихъ же случаяхъ чтобы принадлежало важное значеніе матеріальному праву. И въ этихъ случаяхъ хотѣли довольствоваться лишь тѣмъ, чтобы ограничить возможно краткимъ переходнымъ состояніемъ разладъ между формальнымъ и матеріальнымъ правомъ, для чего и искали мѣръ, косвенно принуждающихъ къ записи права. Законъ 1872 г. въ этомъ отно-

---

1) GBO. § 88, 89, 91, 92, 102, 119, 121; EG. § 8, 9, 16, 22, 27, 49, 58—60, 70.
2) GBO. § 119 и слѣд. Выдается только свидѣтельство prc informatione. § 120.
3) D. u. H. I, 233.

шеніи идетъ сравнительно среднимъ путемъ и устанавливаетъ начало, что, помимо случаевъ добровольнаго отчужденія, собственность на недвижимости пріобрѣтается согласно дѣйствующему до сихъ поръ праву. И только право совершать Auflassung и обременять недвижимости ипотеками пріобрѣтатель получаетъ съ записью пріобрѣтенія въ вотчинную книгу [1]). Такимъ образомъ, право собственности, по-прежнему, пріобрѣтается тутъ по матеріальнымъ основаніямъ, и матеріальный собственникъ въ правѣ совершать всякаго рода распоряженія собственностью, но, чтобы эти распоряженія получили полную силу, другими словами чтобы совершить формальный актъ Auflassung и т. п. или быть осужденнымъ къ тому, онъ долженъ представить свои права вотчинному установленію и записать свое право. Съ этой записью крѣпнутъ и притязанія лицъ, производящихъ отъ него свое право. А для случая наслѣдованія не требуется даже и запись пріобрѣтенія, чтобы наслѣдникъ могъ распорядиться унаслѣдованнымъ имѣньемъ [2]).

Законъ расчитываетъ, что интереса пріобрѣтателя будетъ достаточно въ этихъ случаяхъ, чтобы привести въ гармонію дѣйствительное и книжное отношеніе, ибо самыя важныя правомочія собственника и самыя опасныя для оборота, т. е. отчужденіе и обремененіе залогомъ, обусловлены въ значительной мѣрѣ записью пріобрѣтенія. Дуплицитета же тутъ не будетъ никакого, ибо во всѣхъ случаяхъ этой категоріи предшественникъ по праву, книжный собственникъ, лишенъ возможности распоряженія или и вовсе уже не существуетъ. Въ виду всего этого законъ находитъ излишне суровымъ пріурочивать пріобрѣтеніе въ этихъ случаяхъ къ формальному моменту, т. е. къ записи. Но все же надо признать, что уступка матеріальному моменту пріобрѣтенія дѣлаетъ возможнымъ въ такихъ случаяхъ продолжительное существованіе разлада между жизнью и книгою.

3. Но самый острый и самый опасный для оборота производный способъ пріобрѣтенія недвижимости по сдѣлкамъ между живыми организуется закономъ 1872 г. на началѣ германской Auflassung, вновь призванной къ жизни послѣ долгаго упадка и организованной на новыхъ началахъ, въ приноровленіи къ новымъ условіямъ оборота,—и записи. „По сдѣлкамъ между живыми собственность на недвижимость пріобрѣтается записью перехода собственности въ вотчинную книгу, опирающейся на Auflassung“ [3]). Auflassung и запись мыслятся въ законѣ какъ единый непрерывный актъ, открывающійся Auflassung и завершающійся записью въ книгу. Фактически Auflassung и запись могутъ раздѣляться, но юридически это единое цѣлое. Отсюда, съ момента совершенія сторонами Auflassung, воспринимаемой въ вотчинные акты, прежній собственникъ уже не можетъ совершать распоряженій недвижимостью, хотя онъ еще и значится по книгѣ какъ собственникъ. Вотчинные акты вскрываютъ теперь фактъ Auflassung, и ихъ публицитетъ, провозгла-

---

[1]) Eg. § 5.
[2]) Eg. § 5. Ср. D. и H. I, § 22.
[3]) EG. § 1.

шаемый и новымъ закономъ, оказываетъ тутъ свои услуги и находитъ себѣ объясненіе [1]).

Но законъ принципіально требуетъ и принимаетъ мѣры къ тому, чтобы и фактически Auflassung и запись слѣдовали непосредственно одна за другою. Слѣдовательно, если раздѣленіе и произойдетъ, то лишь въ случаяхъ крайней необходимости, именно, когда вотчинное установленіе завалено работой. Auflassung недвижимости совершается путемъ изустнаго и непосредственно въ присутствіи вотчиннаго установленія совершаемаго волеизъявленія книжнаго собственника о томъ, что онъ соизволяетъ запись новаго пріобрѣтателя, и—волеизъявленія пріобрѣтателя о томъ, что онъ проситъ такой записи [2]). Причемъ соизволеніе на запись и просьба о записи означаютъ волю отчужденія и пріобрѣтенія [3]). Auflassung является, такимъ образомъ, абстрактнымъ актомъ, отрѣшеннымъ отъ матеріальнаго основанія отчужденія. Въ то же время она имѣетъ природу вещнаго договора [4]). И дѣйствительность ея обсуждается по началамъ объ абстрактныхъ договорахъ. Абстрактный характеръ приданъ Auflassung, главнымъ образомъ, въ цѣляхъ ограниченія легалитета. Но Auflassung все же подлежитъ со стороны судьи изслѣдованію въ отношеніи условій ея дѣйствительности, какъ вещнаго договора; а вмѣстѣ съ тѣмъ абстрактная Auflassung отражается и на матеріальномъ отношеніи отчужденія. Именно, дѣйствительность ея не зависитъ отъ свойствъ матеріальнаго отношенія, въ основѣ ея лежащаго. Отсюда, пріобрѣтеніе оспоримо лишь на основаніи пороковъ самой Auflassung, и лишь въ этомъ случаѣ матеріально-управомоченный только и имѣетъ, по правилу, виндикаціонный искъ противъ книжнаго пріобрѣтателя; недостатки же личной сдѣлки влекутъ, по правилу, лишь кондикцію, когда они обусловливаютъ неправомѣрное обогащеніе [5]). Виндикаціонный искъ направляется на исправленіе книжной записи; а кондикціонный—на обратную Auflassung или же, если это уже не возможно, на вознагражденіе потерпѣвшаго. Но законъ смягчаетъ это, все еще суровое, начало и дозволяетъ судьѣ, по просьбѣ сторонъ, отмѣчать въ книгѣ основаніе Auflassung, если собственникъ того пожелаетъ [6]). И тогда Auflassung является уже конкретнымъ вещнымъ договоромъ.

Съ другой стороны, на основаніи личнаго соглашенія допускается требовать Auflassung судебнымъ порядкомъ. Судебный приговоръ, осуждающій отчуждателя на совершеніе Auflassung, замѣняетъ послѣднюю [7]).

---

1) Dernburg u. H. I, § 23.

2) EG. § 2.

3) Dernburg u. H. I, § 23.

4) Eod.

5) § 9, 10. Eg.: туманно, обще и сбивчиво, — такъ что легко могутъ быть понимаемы въ томъ смыслѣ, что абстрактная природа Auflassung сводится только къ исключенію легалитета и не имѣетъ матеріальнаго значенія, гдѣ все остается попрежнему, т. е. пріобрѣтеніе оспоримо и въ порядкѣ виндикаціи, въ случаѣ пороковъ личнаго отношенія объ отчужденіи.

6) GBO, § 10.

7) § 3 EG.

Такимъ образомъ, значеніе абстрактнаго характера Auflassung не всегда сводится къ ограниченію судьи изслѣдованіемъ одного только вещнаго отношенія и недопущенію изслѣдованія личнаго отношенія, матеріально служащаго основаніемъ вещнаго отношенія,—а отражается и на матеріальномъ правѣ. На томъ же началѣ раздѣленія личнаго и вещнаго отношенія при отчужденіи покоится и другое новшество закона 1872 г., именно отмѣна Recht zur Sache. Знаніе пріобрѣтателя о томъ, что отчуждатель уже ранѣе вступилъ въ личное соглашеніе съ другимъ лицомъ объ отчужденіи недвижимости, не вредитъ болѣе пріобрѣтенію [1]). Съ усвоеніемъ новаго начала падаетъ чрезмѣрно широкое пониманіе bona fides. Но въ отношеніяхъ собственно вещныхъ начало bona fides остается и впредь. И 3-й пріобрѣтатель, знающій, что отчуждатель не есть истинный вещно-управомоченный, хотя такимъ и значится по книгѣ, не можетъ ссылаться въ защиту своего пріобрѣтенія и на вотчинную книгу, и его пріобрѣтеніе подвержено оспариванію со стороны истиннаго управомоченнаго [2]).

Такимъ образомъ, и законъ 72 г. въ концѣ-концовъ придаетъ рѣшающее значеніе матеріальному моменту, истиннымъ собственникомъ онъ признаетъ матеріальнаго собственника и только въ дѣлѣ оборота онъ создаетъ легитимацію книжнаго собственника, какъ таковаго на распоряженія всякаго рода недвижимостью. Книжный собственникъ лишь презюмируется (praesumptio juris) какъ настоящій собственникъ, пока противное не доказано [3]). Только въ этомъ смыслѣ книжный собственникъ признается и въ процессѣ о собственности какъ собственникъ. Именно ему принадлежитъ активная и пассивная легитимація въ процессѣ о собственности [4]).

Все же традиція лишена въ законѣ 72 г. всякаго юридическаго значенія; на искъ книжнаго собственника владѣлецъ не можетъ даже сдѣлать exceptio rei venditae et traditae [5]).

Подводя итоги праву собственности въ законѣ 72 г., мы должны сказать, что этотъ законъ не искореняетъ въ принципѣ, а только видоизмѣняетъ фактическій дуплицитетъ собственности, какъ вообще нельзя искоренить его, пока рядомъ съ формальнымъ моментомъ сохранится значеніе и за моментомъ матеріальнымъ. Но все же законъ 72 г. свелъ дуплицитетъ къ минимуму, такъ какъ замѣнилъ традицію Auflassung и слилъ послѣднюю неразрывно съ записью въ книгу [6]).

III. Меньше всего новшества коснулись всякаго рода jura in re aliena. По общему правилу эти права возникаютъ и впредь безъ всякой записи въ вотчинную книгу, на основаніи прежняго права. Это и даетъ Дернбургу [7])

---

1) § 4 EG.

2) § 9.

3) Cp. D. и H. I, § 21 и друг.

4) § 7, cp. Dernburg u. H. I, § 21.

5) § 7 EG.

6) Cp. D. u. H. I, § 21. Тамъ же читатель найдетъ интересный очеркъ вліянія вотчинной системы на природу вещныхъ исковъ о собственности.

7) D. u. H. I, § 31.

право заключать, что въ отношенiи такихъ правъ сохраняетъ свое дѣйствiе и традицiя. Только для дѣйствiя своего въ отношенiи 3-хъ лицъ права этого рода нуждаются въ записи. Тогда уже привступаютъ нѣкоторыя новшества. Именно, запись права такого рода проникнута общимъ новому праву принципомъ консенза. Только тутъ консензъ уже формально односторонний, въ противоположность Auflassung. Различiе объясняется относительной экономической маловажностью jura in re aliena, допускавшей полное примѣненiе къ этимъ правамъ новаго и опаснаго начала, безъ ущерба для кого-либо. Запись слѣдуетъ на основанiи односторонняго требованiя книжнаго собственника. И это требованiе абстрактное, такъ что судья не изслѣдуетъ матерiальнаго отношенiя, а довольствуется изслѣдованiемъ наличности условiй дѣйствительности абстрактнаго волеизъявленiя собственника. Но и въ этомъ своемъ значенiи запись не требуется при цѣломъ рядѣ экономически маловажныхъ вещныхъ правъ [1]). Однако, запись такихъ правъ, конечно, оспорима изъ матерiальныхъ основанiй, аналогично записи собственности, какъ, съ другой стороны, управомоченный на такое право можетъ судебнымъ порядкомъ добиваться соизволенiя собственника на запись [2]). Порядокъ правъ опредѣляется моментомъ записи [3]). Recht zur Sache и тутъ болѣе не допускается [4]).

IV. Ипотека и вотчинный долгъ.

1. Мы уже видѣли, какую крайне формалистическую организацiю придалъ ипотекѣ проектъ 1868 г.; формализацiя ипотеки превосходила формализацiю векселя, такъ какъ ипотека признавалась неоспоримой даже въ рукахъ перваго ея прiобрѣтателя, тогда какъ даже вексель оспаривался, по германскому вексельному праву, въ рукахъ перваго его прiобрѣтателя. Формализацiя ипотеки достигалась путемъ недопущенiя при установленiи ипотеки указанiй на ея основанiе; мы видѣли, далѣе, какъ верхняя палата, по предложенiю Бэра, усвоила на мѣсто единой ипотеки проекта двѣ организацiи: ипотеку и вотчинный долгъ, при чемъ ипотека должна была служить не дѣлу оборота, а только дѣлу обезпеченiя личнаго отношенiя (Sicherungsh.), ради чего усиливалась болѣе прежняго ея зависимость отъ личнаго отношенiя, ею обезпечиваемаго, и не допускалось при ней ипотечнаго свидѣтельства; а вмѣстѣ съ тѣмъ указывалось ея основанiе и обезпечиваемое ею личное отношенiе при записи; наоборотъ, вотчинный долгъ предназначался для оборота, отношенiе по нему тѣсно связывалось съ вотчиннодолговымъ свидѣтельствомъ, онъ долженъ былъ представлять собою самостоятельное вещное бремя, по идеѣ не только независимое, но и не связанное юридически ни съ какимъ личнымъ обязательствомъ, а для наименьшей оспоримости его при записи не допу-

---

[1]) § 12, 13 EG.
[2]) § 14 EG.
[3]) § 17 Eod.
[4]) § 15.

скалось и указаніе на основаніе его. Видѣли, наконецъ, какъ нижняя палата возстановила формальную самостоятельность ипотеки и умалила неоспоримость вотчиннаго долга, допуская на него рядъ возраженій изъ матеріальнаго отношенія, особенно противъ перваго пріобрѣтателя, едва-ли, впрочемъ, не кондикціонной природы.

Послѣ всего этого законъ 1872 г. усвоилъ обѣ организаціи, не отводя для нихъ особаго поля дѣйствія и во многомъ создавъ почву для сближенія ихъ по практическимъ послѣдствіямъ, какъ равно не придавъ ни одной изъ нихъ послѣдовательной и безупречной обработки.

2. *Возникновеніе ипотеки и вотчиннаго долга.* Законъ 1872 г. различно регулируетъ возникновеніе ипотеки и вотчиннаго долга.

a) Ипотека, по прежнему, остается акцессорнымъ правомъ и для матеріальнаго возникновенія предполагаетъ наличность обезпечиваемаго ею главнаго долговаго отношенія. Законъ 1872 года вовсе и не занимается регламентаціей основаній возникновенія ипотеки, предоставляя это общему гражданскому праву и, слѣд., не устраняя ни изобилія случаевъ законной ипотеки, на которые издавна раздавались жалобы, ни судебной ипотеки, которую и въ Пруссіи осуждаютъ такъ же, какъ и во Франціи (Дернбургъ II § 16).

Наиболѣе распространенный и для оборота важный случай представляетъ собою, конечно, договорная ипотека.

Какое бы матеріальное отношеніе ипотека ни обезпечивала, она возникаетъ только путемъ записи въ ипотечную книгу [1]).

По началу консенза, которое проводится въ законѣ 1872 г., для записи договорной ипотеки требуется соизволеніе собственника, указывающее, однако, основаніе ипотечнаго долга и сопровождаемое приложеніемъ долгового акта.

Къ случаю судебной и законной ипотеки принципъ консенза, конечно, не примѣняется. Но запись ипотеки законной, по тому же принципу консенза слѣдуетъ, какъ и запись договорной ипотеки, только на просьбу интерессента; вотчинное установленіе не дѣлаетъ ничего ex officio. Требуя указанія основанія ипотечнаго долга, законъ 1872 г. организуетъ ипотеку на менѣе формалистическомъ началѣ, чѣмъ онъ организовалъ переходы права собственности, гдѣ при Auflassung вовсе не требуется указаніе на личное соглашеніе о переходѣ собственности. Указанная организація ипотеки, конечно, больше отвѣчаетъ интересамъ матеріальнаго права, чѣмъ организація собственности, такъ какъ тамъ облегчается установленіе истинной гармоніи матеріальнаго и формальнаго права, чего нѣтъ тутъ. Но если мы спросимъ, почему законъ 1872 г. сохранилъ на ряду съ принципомъ консенза указаніе основанія ипотечнаго долга, и исключилъ это указаніе при Auflassung и при вотчинномъ долгѣ, то мы можемъ дать отвѣтъ: отчасти по явному недоразумѣнію, отчасти благодаря компромиссу между теченіями различныхъ законодательныхъ факторовъ. Недоразумѣніе состояло въ томъ, что составители про-

---

[1]) § 18.

екта, какъ и нѣкоторые ученые отождествляли указаніе основанія ипотеки и акцессорную ея природу. Желая сохранить послѣднюю, думали потребовать указанія основанія ипотеки. А между тѣмъ указаніе основанія важно, а не только мыслимо, и при самостоятельной ипотекѣ, и, наоборотъ, для установленія акцессорной ипотеки мыслимо абстрактное соизволеніе, безъ указанія основанія ипотеки. Компромиссъ же проявился тутъ между рѣшеніемъ верхней палаты, желавшимъ подчинить ипотеку въ самой широкой мѣрѣ личному отношенію и превратить ее въ Sicherungshypothek, для чего, дѣйствительно, нужно было не только указать основаніе возникновенія ипотеки, но и предъявить долговой актъ, и рѣшеніемъ нижней палаты, желавшей въ полной мѣрѣ оборотоспособной публичной ипотеки, Verkehrshypothek, на которую возраженія изъ личнаго отношенія ограничивались бы минимумомъ. Однако, если признаніе ипотеки акцессорной можетъ быть оправдано только тѣмъ, что ипотекѣ не хотѣли придавать значенія оборотовой, то требованіе указанія основанія ипотечнаго долга было крайне благотворнымъ дѣломъ, обезпечившимъ впослѣдствіи успѣхъ ипотеки [1]).

Въ остальномъ, соизволеніе ипотеки указываетъ точное имя кредитора, точное названіе недвижимости, точную сумму долга, % или безпроцентность требованія, начальный моментъ, съ котораго % начинаетъ течь, и условія уплаты долга [2]). Если величина притязанія ко времени записи ипотеки еще не выяснилась, записывается высшая сумма, до которой недвижимость должна отвѣчать по ипотекѣ [3]). Эти требованія вытекаютъ изъ начала специалитета ипотеки и изъ начала недопущенія ипотеки на предъявителя.

Тѣмъ же (неосуществившимся) намѣреніемъ лишить ипотеку оборотоспособности объясняется и недопущеніе записи ипотеки съ самаго начала на имя собственника. Наконецъ, оттого же законъ не регулируетъ и ипотечнаго свидѣтельства, хотя и не запрещаетъ [4]).

Ипотека возникаетъ по записи, но запись сама по себѣ и при ипотекѣ имѣетъ значеніе лишь формальное, она не создаетъ матеріальнаго права, безъ матеріальныхъ условій дѣйствительности ипотеки; она оспорима, искъ изъ нея подверженъ возраженіямъ, когда ей не отвѣчаетъ матеріальное отношеніе; наоборотъ, наличность послѣдняго даетъ право лицу требовать судебнымъ порядкомъ осужденія собственника къ установленію ипотеки [5]). И только 3-й добросовѣстный пріобрѣтатель ипотеки защищается въ своемъ пріобрѣтеніи публицитетомъ книги (§ 38 п. 3 EG.).

---

[1]) Законъ очевидно полагалъ, что ипотека, при наличности вотчиннаго долга, чаще всего будетъ служить цѣлямъ только обезпеченія требованій, а не кредитнаго оборота. Но въ жизни ипотека попрежнему обращается больше, чѣмъ вотчинный долгъ; отсюда и раздаются снова голоса въ пользу отрѣшенія ипотеки отъ личнаго требованія. См. Dernburg, II кн. 2, отд. I.

[2]) § 23.

[3]) § 24.

[4]) Жизнь, однако, знаетъ ипотечныя свидѣтельства, и Дернбургъ уравниваетъ ихъ въ отношеніи значенія съ вотчинно-долговыми свидѣтельствами (§ 20). Это имѣетъ за себя то основаніе, что ипотека систематически выдвигалась жизнью къ обороту.

[5]) § 19 п. 2 EG.

в) Вотчинный долгъ по идеѣ своей является самостоятельнымъ бременемъ на недвижимость. Хотя и онъ возникаетъ, по общему правилу, по поводу кредитнаго отношенія, но это послѣднее въ принципѣ не стоитъ съ нимъ въ такой связи, какъ съ ипотекой. Кредитное отношеніе является только основаніемъ матеріальной дѣйствительности вотчиннаго долга. И отъ сторонъ зависитъ — должно-ли рядомъ съ вотчиннымъ долгомъ установить и личное отношеніе, или ограничиться вотчиннымъ долгомъ.

Отсюда, личное кредитное отношеніе играетъ роль при возникновеніи вотчиннаго долга лишь ту, что оно является матеріальнымъ основаніемъ вотчинному долгу, но не главнымъ требованіемъ, обезпечиваемымъ вотчиннымъ долгомъ. При всемъ этомъ законодатель могъ бы не причиняя вреда, предписать, чтобы при установленіи вотчиннаго долга указывалось основаніе его возникновенія. Это содѣйствовало бы выясненію матеріальной истины въ отношеніяхъ первыхъ сторонъ и служило бы гарантіей матеріальной истины при самомъ остромъ формализмѣ института. Но именно этого законодатель не сдѣлалъ; основаніе вотчиннаго долга по закону 72 г. не указывается. Если мы спросимъ, почему законъ 72 г. не допускаетъ указанія основанія вотчиннаго долга, то отвѣтъ будетъ сходный, отчасти, съ тѣмъ, который былъ данъ для ипотеки: отчасти по недоразумѣнію, отчасти, вслѣдствіе компромисса, послѣдовавшаго въ ландтагѣ между различными факторами законодательной власти, отчасти, наконецъ,—подъ вліяніемъ мекленбургскаго права. Недоразумѣніе могло состоять въ томъ, что неуказаніе основанія смѣшивали съ отрѣшеніемъ вотчиннаго долга отъ личнаго отношенія, послужившаго ему матеріальнымъ основаніемъ. Но мы уже знаемъ, что это различныя понятія. Компромиссъ могъ состоять въ томъ, что сначала думали не допускать на вотчинный долгъ никакихъ возраженій изъ матеріальнаго основанія, кромѣ только возраженій о подлогѣ и т. п., даже въ отношеніяхъ первыхъ сторонъ; позднѣе же, именно въ ландтагѣ сдѣлали отъ этого начала рѣшительныя отступленія, которыя въ извѣстной мѣрѣ усвоилъ и законъ 1872 г. и при которыхъ неуказаніе основанія вотчиннаго долга являлось только излишнимъ затрудненіемъ для осуществленія оспариванія вотчиннаго долга.

Именно, хотя, по началу консенза вотчинный долгъ возникаетъ по абстрактному соизволенію собственника недвижимости, безъ указанія основанія правоотношенія, тѣмъ не менѣе вотчинный долгъ оспоримъ изъ матеріальнаго основанія, хотя и въ порядкѣ condictio, а на искъ изъ него допускаются возраженія оттуда; съ другой же стороны, наличность матеріальнаго основанія управомочиваетъ лицо требовать судебнымъ порядкомъ отъ собственника установленія вотчиннаго долга. Другими словами, вотчинный долгъ организованъ на началахъ, сходныхъ съ Auflassung, и неуказаніе основанія при немъ означаетъ не болѣе того, какъ неуказаніе при Auflassung личнаго отношенія объ отчужденіи недвижимости, т. е. матеріальное отношеніе не вскрывается при установленіи вотчиннаго долга, но дѣйствуетъ въ различныхъ направленіяхъ.

Тѣмъ не менѣе, это неуказаніе основанія крайне затрудняетъ установ-

вленіе матеріальной истины отношенія. Прожектеры вотчиннаго долга этого-то и добивались, полагая, что это привлечетъ кредитъ къ вотчинному долгу, такъ какъ даже въ рукахъ перваго пріобрѣтателя вотчинный долгъ будетъ уже трудно оспоримымъ. Однако, какъ правильно замѣчали критики проекта, такая организація вотчиннаго долга поощритъ только мошенниковъ, не оказывая услугъ добросовѣстнымъ лицамъ. Для оборота важно, чтобы 3-и добросовѣстные пріобрѣтатели были защищены отъ возраженій и споровъ въ своемъ пріобрѣтеніи; между первыми же пріобрѣтателями, напротивъ, полезно организовать отношеніе такъ, чтобы форма не поглощала содержанія. Иначе лицо, получившее вотчинный долгъ ради передачи 3-му лицу, можетъ вѣроломно осуществить его противъ довѣрчиваго собственника за свой счетъ и т. п.

Какъ бы то ни было, но неуказаніе основанія нѣкоторые разсматриваютъ какъ одну изъ причинъ, почему вотчинный долгъ, вопреки разсчетамъ законодателя, не получилъ на практикѣ сколько нибудь значительнаго распространенія [1]).

Но если вотчинный долгъ и является самостоятельнымъ бременемъ на недвижимость, то ничто не мѣшаетъ сторонамъ установить рядомъ съ нимъ и личное обязательственное отношеніе, которое тогда будетъ солидарнымъ съ нимъ.

Вотчинный долгъ, подобно ипотекѣ, возникаетъ съ записью въ вотчинную книгу [2]). Эта запись слѣдуетъ на соизволеніе собственника, содержащее тѣ же моменты, какъ и соизволеніе на ипотеку, исключая только указанія на основаніе вотчиннаго долга.

Но такъ какъ вотчинный долгъ, по мысли законодателя, предназначался для широкаго оборота, то въ дѣлѣ возникновенія его уже придали значеніе выдачѣ вотчинно-долгового свидѣтельства. Законъ говоритъ, что кредиторъ можетъ распоряжаться вотчиннымъ долгомъ, установленнымъ на его имя, лишь по полученіи указаннаго свидѣтельства [3]). Дернбургъ конструируетъ роль выдачи свидѣтельства такимъ образомъ, что къ моменту выдачи пріурочивается презумпція въ пользу матеріальнаго права кредитора [4]). Какъ бы то ни было, но вотчинно-долговое свидѣтельство призывается служить орудіемъ оборота съ вотчиннымъ долгомъ. Оно является носителемъ права, и всякое распоряженіе вотчиннымъ долгомъ слѣдуетъ на основаніи этого документа. Въ этихъ цѣляхъ новый законъ дѣлаетъ и новыя попытки упростить свидѣтельство до возможной степени ради легчайшей обозримости представляемаго имъ отношенія [5]).

---

[1]) Dernburg II въ разныхъ мѣстахъ.

[2]) § 18 EG.

[3]) § 20 EG.

[4]) II 83.—Это значеніе Дернбургъ тамъ же приписываетъ и ипотечному свидѣтельству, гдѣ выдача его имѣетъ мѣсто. Послѣдній взглядъ не вытекаетъ изъ закона, но практика создаетъ основанія и ему, сближая ипотеку съ вотч. долгомъ по оборотоспособности.

[5]) Derburg II, § 18.

Такъ какъ вотчинный долгъ по идеѣ закона 1872 г. призывался къ широкому обороту, то законъ допускаетъ установленіе его съ самаго начала на имя собственника [1]). И этотъ видъ ипотеки собственника даетъ собственнику право не только распоряженія вотчиннымъ долгомъ, но и полученія на него въ конкурсѣ доли цѣны недвижимости, причитающейся на вотчинный долгъ. Такимъ образомъ это будетъ дѣйствительная ипотека, лишь ограниченная въ своемъ дѣйствіи въ томъ отношеніи, что кредиторъ-собственникъ не можетъ осуществить своего права судебнымъ порядкомъ; ограниченіе— естественное въ виду особенностей современной ипотеки, гдѣ право ипотеки направляется не на выдачу вещи, а на экзекуцію на недвижимость [2]).

Если собственникъ отчуждаетъ недвижимость, онъ становится полнымъ кредиторомъ [3]). Но и вотчинный долгъ не допускается на предъявителя.

Законъ допускаетъ превращеніе ипотеки въ вотчинный долгъ по волѣ сторонъ [4]), а судебная практика допустила потомъ и превращеніе вотчиннаго долга въ ипотеку [5]).

3. Объектъ ипотеки и вотчиннаго долга регулируется одинаково, конечно [6]),—и, притомъ, въ общемъ, въ прежнемъ духѣ; новаго то, что отвѣтственность поражаетъ и страховое вознагражденіе и вновь присоединенныя принадлежности недвижимости.

Законъ усвоилъ и корреальную ипотеку, ничего не сдѣлавъ для устраненія создаваемыхъ ею затрудненій [7]).

4. Книжное требованіе и его объемъ, какъ мы уже видѣли отчасти выше, получаетъ въ новомъ правѣ точность и опредѣленность во всѣхъ случаяхъ. Но и законъ 1872 г. не могъ добиться тутъ полной точности. Прежде всего, въ порядкѣ возраженій и оспариванія книжной ипотеки и вотчиннаго долга можетъ измѣниться величина требованія. А главное, точность ипотеки подрывается тѣмъ, что рангу капитальнаго требованія слѣдуютъ и %'ы, сумма которыхъ колеблется въ зависимости отъ просрочки съ ихъ уплатой, высота которыхъ допускаетъ то же колебанія (собственникъ въ правѣ повысить % до 5), такъ что въ концѣ-концовъ послѣдующіе кредиторы подвергаются неожиданностямъ, хотя и не столь значительнымъ. Наконецъ, рангъ ипотеки раздѣляютъ и издержки по записи, востребованію и осуществленію ипотеки [8]).

---

1) § 27.
2) Ниже.
3) § 28.
4) § 29.
5) Dernburg II 59.
6) § 30—33. Dernburg II, § 19—22.
7) § 42. См. Dernburg II, § 24.
8) Eg. § 30, 25 и друг. Dernburg II, § 25.

Не содѣйствуетъ опредѣленности, хотя по внѣшности и опредѣленна, и ультиматная ипотека и особенно распространенный видъ ея—кауціонная ипотека [1]).

5. Уступка ипотеки и вотчиннаго долга, въ виду поставленной закономъ задачи обѣихъ организацій, регулируется различно для обоихъ правъ.

a) При ипотекѣ законъ, какъ мы уже знаемъ, не выдвигалъ значенія ипотечнаго свидѣтельства какъ орудія оборота; онъ даже разсчитывалъ, что ипотека чаще всего не будетъ и связана съ выдачей такого свидѣтельства, а явится, по общему правилу, чисто книжной ипотекой (Buchhypothek). Отсюда, по правилу, ипотека должна была уступаться записью въ книгу [2]). Но законъ все же допустилъ ипотечныя свидѣтельства. При наличности ихъ или замѣняющихъ ихъ актовъ о существованіи книжной ипотеки законъ не требуетъ записи цессіи въ книгу [3]),—и не регулируетъ условій дѣйствительности цессіи. Отсюда ясно, что послѣдняя опредѣляется общимъ правомъ; а такъ какъ законъ не регулируетъ значенія ипотечнаго свидѣтельства для оборота, то судебная практика и теорія, принимая въ соображеніе предполагавшуюся закономъ роль ипотеки, приходятъ къ заключенію, что для перехода ипотеки по цессіи не имѣетъ рѣшительнаго значенія самая передача ипотечнаго свидѣтельства. Послѣднее, такимъ образомъ, не является орудіемъ обращенія ипотеки [4]).

Какъ право акцессорное, ипотека можетъ быть передана только вмѣстѣ съ личнымъ требованіемъ [5]).

b) Совсѣмъ иначе регулируется уступка вотчиннаго долга. По замыслу законодателя, вотчинный долгъ долженъ былъ и по общей своей организаціи, и по организаціи циркуляціи служить векселемъ, тяготѣющимъ на недвижимости; отсюда, вотчинно-долговое свидѣтельство должно было являться орудіемъ обращенія права и въ то же время третироваться какъ цѣнная бумага. Такъ дѣло поняла и судебная практика [6]). Вотчинный долгъ переходитъ по цессіи только со врученіемъ новому пріобрѣтателю вотчинно-долгового свидѣтельства [7]). Но больше того. Законъ допускаетъ уступку вотчинно-долгового свидѣтельства по бланковой цессіи [8]). Снабженный бланковой цессіей

---

[1]) Eg. § 24. Dernburg II. § 26, 27.

[2]) § 53,

[3]) § 54.

[4]) Dernburg II, § 28.—Лично Дернбургъ сожалѣетъ объ этомъ и объясняетъ все неяснымъ представленіемъ судебной практики различія цессіи хирографарныхъ требованій и цѣнныхъ бумагъ, къ числу которыхъ судьбы систематически пріобщали ипотечное свидѣтельство.

[5]) § 52.

[6]) Dernburg II, § 59.

[7]) Eod.

[8]) § 55.—Дернбургъ склоненъ допускать бланко—цессію даже въ видѣ простой подписи имени уступщика-кредитора (II стр. 220).

вотчинный листъ фактически обращается такъ же, какъ бумага на предъявителя [1]).

Когда вотчинный долгъ предназначенъ служить обезпеченіемъ личнаго требованія, и уступается безъ уступки личнаго требованія, послѣднее гаснетъ [2]).

Для % требованія при вотчинномъ долгѣ законъ 1872 г. усвоилъ и вовсе институтъ %-хъ квитанцій, гласящихъ на предъявителя [3]).

c) Тѣмъ не менѣе законъ регулируетъ и запись уступки ипотеки и вотчиннаго долга, предоставляя ее усмотрѣнію сторонъ и регулируя въ общемъ духѣ начала консенза [4]).

d) Существеннымъ условіемъ оборотоспособности ипотеки является защита 3-го добросовѣстнаго возмезднаго пріобрѣтателя ея противъ незаписанныхъ возраженій изъ лица предшественниковъ по праву, другими словами— приданіе ипотекѣ ордернаго квалитета. Только этимъ путемъ можно создать ипотекѣ широкій оборотъ. И тутъ законъ 1872 г., отвергнувъ увлеченія перваго проекта, усвоилъ различную точку зрѣнія для ипотеки и вотчиннаго долга, примѣняясь къ ихъ предполагаемой задачѣ. На искъ изъ ипотеки возраженія изъ личнаго отношенія (конечно, и изъ свойствъ самой ипотеки) [5]) допускаются противъ 3-го возмезднаго пріобрѣтателя ея лишь тогда, когда онъ зналъ о нихъ до пріобрѣтенія или когда они явствовали изъ ипотечной книги. Такимъ образомъ, законъ устранилъ тѣ широкія сомнѣнія, которыя до него были извѣстны практикѣ.

На искъ же изъ вотчиннаго долга возраженія допускаются, не взирая на возмездность пріобрѣтенія его, лишь тогда, когда они принадлежатъ отвѣтчику непосредственно противъ даннаго истца, или когда они ясны изъ вотчиннаго свидѣтельства, или, наконецъ, когда событія, на которыхъ возраженія покоятся, были извѣстны истцу до пріобрѣтенія вотчиннаго долга [6]). Тутъ, слѣдовательно, рѣшаетъ дѣло вотчинное свидѣтельство. Однако, если между послѣднимъ и книгой существуетъ разница, то, конечно, рѣшаетъ дѣло книга [7]). Вотъ почему различіе ипотеки и вотчиннаго долга въ этомъ отношеніи и является не столь значительнымъ.

Не имѣютъ ордернаго качества кауціонныя ипотеки, а, по мнѣнію Дернбурга, его не слѣдуетъ признавать и за чисто книжной ипотекой [8]).

6. *Правоотношеніе ипотеки и вотчиннаго долга.* a) „Съ записью ипотеки и вотчиннаго долга устанавливается для кредитора вещный искъ противъ собственника обремененной недвижимости. Этотъ послѣдній отвѣчаетъ,

---

1) Дернбургъ настаиваетъ, чтобы и юридически онъ третировался въ такихъ случаяхъ какъ бумага на предъявителя. II 221.

2) § 52 п. 2.

3) § 39.

4) § 53.

5) Dernburg, II 247 и слѣд.

6) § 38.

7) Такого мнѣнія держится именно Дернбургъ II 241 и слѣд.

8) II, § 33.

однако, лишь недвижимостью. Подлежащее осуществленію притязаніе кредитора управомочиваетъ послѣдняго на экзекуцію на недвижимость“ [1]).

Такая формулировка, очевидно, цѣлилась предоставить ученымъ разбираться въ изслѣдованіи сущности современной ипотеки, ибо законъ одинаково отказывается предрѣшить взглядъ на строеніе созданной имъ ипотеки и вотчиннаго долга. Это было въ духѣ времени. И въ духѣ же времени Дернбургъ (II, § 35), въ редактированномъ Мейбомомъ изданіи, конструировалъ ипотеку и вотчинный долгъ, самимъ закономъ объединенные по существу, какъ Realobligation, повторяя въ мотивахъ къ тому уже не разъ передававшіяся нами раньше соображенія. Но и къ закону 1872 г. всѣ эти соображенія относятся не въ большей степени, чѣмъ къ ранѣе очерченнымъ нами законамъ.

Искъ ипотечнаго, какъ равно и вотчинно-долгового кредитора, и тутъ могутъ быть конструируемы, не въ ущербъ разуму предписаній закона, какъ строго вещный искъ объ экзекуціи недвижимости, который, какъ мы знаемъ, естественно направляется противъ собственника недвижимости и не можетъ имѣть иного направленія. Собственникъ же недвижимости, не въ ущербъ разуму предписаній закона, можетъ быть признанъ лишь управомоченнымъ на уплату долга, а вовсе не обязаннымъ къ тому. Исторія реформаціоннаго движенія опять даетъ поводъ къ двоякому пониманію закона 1872 г. Практически реформаціонное движеніе сводилось къ эмансипаціи прежней, романизованной, но уже публичной ипотеки, отъ вліянія личнаго требованія и къ возведенію ея въ самостоятельное бремя на недвижимость, а теоретически реформаціонное движеніе, съ одной стороны, выдвигало идею ипотеки какъ германской Realobligation, а съ другой—идею эволюціи римской ипотеки, и если проекты 1863 и 1864 гг. примыкали къ первому направленію, то проектъ 1869 г. и критика на него, подавшая мысль организаціи рядомъ съ ипотекой вотчиннаго долга, настаивали на второмъ направленіи. Сомнѣнія по вопросу о природѣ прусской ипотеки и вотчиннаго долга сопровождали и дальнѣйшее примѣненіе законовъ 1872 г. на практикѣ, причемъ суды своей формулировкой приговоровъ по ипотечнымъ искамъ уже склонялись въ пользу взгляда на ипотеку какъ Realobligation, и мы не знаемъ, чѣмъ завершились бы сомнѣнія, если бы не пришло на выручку романистамъ имперское уложеніе. Послѣднее, воспринявъ почти всѣ партикулярныя разновидности современной ипотеки, съ особымъ предпочтеніемъ прусскихъ организацій 1872 г., даетъ и точную формулировку правоотношенія ипотеки и вотчиннаго долга и организуетъ ихъ какъ строго вещныя права. Тогда-то и въ литературѣ вопроса начинается реакція противъ взгляда на современную

---

[1]) § 37 EG. „Durch die Eintragung der Hypothek und der Grundschuld wird für den Gläubiger die dingliche Klage gegen den Eigènthümer begründet. Der letztere haftet nur mit dem Grundstück nach Maszgabe der §§ 30, 32“. § 43: „Der hypothekarische oder Grundschuldgläubiger, dessen Anspruch vollstreckbar geworden, hat das Recht, auf gerichtliche Zwangsverwaltung und gerichtliche Zwangsversteigerung anzutragen“.

ипотеку и вотчинный долгъ какъ на Realobligation (Dernburg, Schwind, Mittelstein, Oberneck и др.). Въ виду этого намъ и представляется возможнымъ, ради цѣльности историческаго процесса, удержать нашъ взглядъ и на ипотеку и вотчинный долгъ 1872 г. какъ на строго вещное право, съ общей римской сущностью, хотя и оговориться, что по этому вопросу существовали временныя колебанія. Тогда мы получимъ для закона 1872 г. такіе результаты: при вотчинномъ долгѣ изъ кредитной сдѣлки не возникаетъ никакого долгового отношенія, а возникаетъ исключительно одно только вещное право, вотчинный долгъ, въ силу котораго управомоченный извлекаетъ опредѣленную цѣнность изъ недвижимости, въ срокъ и въ формѣ, закономъ установленныхъ. Кредитная сдѣлка служитъ однимъ только матеріальнымъ основаніемъ вотчинному долгу. Кредитное отношеніе получаетъ въ правѣ строго вещную организацію, не воспринимающую и ничѣмъ не обнаруживающую долгового характера облекаемаго имъ отношенія. Долговой моментъ организаціи выражается развѣ только въ ея бытовой роли: она служитъ формой кредита, да еще въ намѣреніи сторонъ кредитовать въ этой формѣ. Общая сущность явленія—старая, римская, но вся организація его новая, современная и, со старой точки зрѣнія, странная. Вещное право востребуется, приноситъ %, осуществляется въ порядкѣ экзекуціи и т. д. Но современная жизнь навязываетъ законодателю не мало странныхъ правовыхъ организацій, которыя всѣ цѣлятся отвѣтить разнаго рода новымъ практическимъ потребностямъ и которыя тѣмъ самымъ представляютъ настолько трудностей для ихъ конструированія, т. е. выраженія въ устоявшихся правовыхъ понятіяхъ, что въ наше время даже въ Германіи, странѣ конструктивныхъ увлеченій, раздаются голоса противъ конструированія и за то, чтобы довольствоваться однимъ только правовымъ принципомъ. Однако, именно нѣмцы находятся въ положеніи, особенно благопріятномъ для разрѣшенія всякаго рода конструктивныхъ сомнѣній. Обладая пандектной системой, нѣмцы въ то же время обладаютъ и системой германскаго права, полной самыхъ таинственныхъ правовыхъ идей и способной отвѣтить на самые сложные новѣйшіе вопросы правообразованія. Привлекая то ту, то другую систему, представляющія, кстати сказать, сущихъ антиподовъ, или пуская въ ходъ обѣ вмѣстѣ, нѣмецкій юристъ способенъ конструировать самыя сложныя новинки правообразованія, какъ бы послѣднія ни были далеки отъ круга идей, породившихъ тѣ системы. Такъ именно случилось и съ новинками ипотечнаго права. Какъ только ипотека оторвалась отъ римскаго права въ своей общей организаціи, хотя и сохранивъ общую римскую сущность, нѣмецкіе юристы не задумались конструировать ее, какъ Realobligation. Конструкція не покрывала новой организаціи, и уложеніе отвергло ее. Тогда германисты немедленно же выдвигаютъ новую германистическую конструкцію, болѣе тонкую, вполнѣ покрывающую самыя предписанія уложенія и вполнѣ примѣнимую къ организаціямъ закона 1872 г. Мы не случайно отмѣчали въ разное время, что вотчинный долгъ, хотя онъ и ведетъ свое начало отъ римской идеи ипотеки, какъ строго вещнаго права, напоминаетъ и германскія средневѣковыя кре-

дитныя организаціи тѣмъ, что при немъ кредитное отношеніе всецѣло выступаетъ передъ правомъ въ организаціи вещнаго права, отсюда реальный кредитъ покоится на одномъ только довѣріи къ вещи; идея же долга выступаетъ лишь въ намѣреніи сторонъ, да въ бытовой роли организаціи — въ ея служеніи кредиту. Отсюда мы и ссылались на сходство новаго явленія съ средневѣковыми германскими кредитными организаціями, гдѣ также кредитное отношеніе выступало передъ правомъ въ организаціи вещнаго права (aeltere Satzung) и гдѣ также идея долга выступила лишь въ намѣреніи сторонъ, да въ бытовой роли организаціи—въ ея служеніи кредиту. На этомъ-то сходствѣ современнаго вотчиннаго долга со средневѣковыми кредитными организаціями и покоится новѣйшая германистическая конструкція кредитныхъ организацій уложенія, вполнѣ сходныхъ съ таковыми закона 1872 г. Новая идея принадлежитъ Amira (Das Obligationenrecht der Nordgermanen I, 40), который высказалъ ее въ общей формѣ; Dernburg усвоилъ ее въ принципѣ для объясненія сущности кредитныхъ организацій имперскаго уложенія (Das bürg. Recht des deutsch. Reichs III, 577), а Schwind развилъ ее въ примѣненіи къ германскому залогу древнему и современному (Wesen und Inhalt des Pfandrechtes). Сопоставляя ученіе Дернбурга и Швинда, мы можемъ охарактеризовать сущность вотчиннаго долга такимъ образомъ. Германскому праву извѣстны понятія Schuld и Haftung. Schuld означаетъ Leistensollen; Haftung означаетъ einstehen für den Fall, dass eine bestimmte Schuld nicht erfüllt wird. Но Schuld, или Leistensollen не означаетъ современнаго правового понятія обязательства; это не есть долговое отношеніе искомое; это не есть и неискомое, натуральное обязательство; а въ то же время по спеціально-германскому воззрѣнію оно есть и есть правовое, только германское правовое; оно настолько все же есть, что Дернбургъ и Швиндъ изъ него производятъ право собственника уплатить вотчинный долгъ и этимъ отклонить экзекуцію на недвижимость; но обязанности собственника на эту уплату Schuld не производитъ, равно кредиторъ не можетъ произвести зачета за этотъ Schuld того, что самъ онъ долженъ должнику; настолько Schuld оказывается юридически слабымъ. Лишь тогда, когда къ Schuld примыкаетъ Haftung (persönliche), отношеніе становится обязательственнымъ въ современномъ правовомъ смыслѣ. Но по германскому праву было возможно и то, что Haftung поражаетъ и лицо, и вещь. Тогда получится отношеніе, какое имѣется при современной акцессорной ипотекѣ. Наконецъ, было возможно, что Haftung поражаетъ только вещь. Тогда получается отношеніе, какое мы имѣемъ при современномъ вотчинномъ долгѣ, или какое мы имѣли при aeltere Satzung и т. п. Въ послѣднемъ случаѣ все право кредитора сводится къ извлеченію изъ недвижимости извѣстной цѣнности, именно кредитованной суммы; право кредитора есть строго вещное право, оно не содержитъ никакого обязательственнаго момента; но и лично должникъ не отвѣчаетъ за полученную имъ ссуду, а между тѣмъ между сторонами существуетъ Schuld. И этотъ Schuld liegt zum Grunde ипотеки и вотчиннаго долга (Dernburg). Мы не можемъ передать этого Schuld иначе, какъ

выраженіемъ, которое уже не разъ употребляли, именно, что вещно-правовая организація кредитнаго отношенія имѣетъ бытовое долговое значеніе, такъ какъ служитъ дѣлу кредита. Но и это выраженіе мы предлагаемъ только какъ условное, ибо и оно въ точности не передаетъ существа Schuld. Этотъ то таинственный германскій Schuld и Sachenhaftung и примиряютъ нѣмцевъ съ романистическими по существу, но германистическими, и даже современными по своей общей организаціи, правовыми кредитными формами уложенія. Они вполнѣ приложимы и къ организаціямъ Прусскаго закона 1872 г., и къ самостоятельной ипотекѣ Мекленбургскихъ уставовъ, и, наконецъ, ко всѣмъ организаціямъ современной ипотеки.

Въ виду этой-то ихъ гибкости и всеобъемлемости, и мы, не желая оспаривать нѣмецкаго правовоззрѣнія, особенно когда оно не идетъ противъ разума современныхъ мѣропріятій и противъ исторической правды, готовы допустить новую точку зрѣнія, хотя и не безъ оговорки, что едва-ли время не принесетъ намъ конструкцій, которыя сумѣютъ вовсе обойтись безъ мистическихъ германизмовъ и примирятъ насъ съ тѣмъ фактомъ, что кредитное отношеніе безъ остатка выражается въ вещномъ правѣ.

6. Законъ 1872 г. вовсе не регулируетъ вопроса о соотношеніи личнаго требованія и ипотеки при осуществленіи, но съ организаціей вотчиннаго долга, въ принципѣ, возстановляется германское начало, по которому кредитъ покоится исключительно на довѣріи къ вещи. Въ отношеніи же ипотеки, надо думать, все остается по старому, такъ, какъ сложилось на практикѣ.

А на практикѣ суровость даннаго Ландрехтомъ рѣшенія вопроса на случай, когда личный и ипотечный должникъ суть разныя лица и когда первенствующая роль ипотеки особенно должна бы быть подчеркнута, привела къ косвеннымъ попыткамъ помочь дѣлу установленіемъ начала экснексуаціи должника при отчужденіи имъ имѣнья отъ личнаго долгового состоянія, именно, если должникъ зачитаетъ сумму долга въ счетъ цѣны за недвижимость. Экснексуація конструировалась какъ уступка со стороны должника ипотечному кредитору притязанія изъ обѣщанія пріобрѣтателя уплатить и личный долгъ [1]). Эта конструкція, крайне искусственная, не помогала все же должнику, такъ какъ кредиторъ могъ не согласиться на экснексуацію. Между тѣмъ, въ новой литературѣ общаго права принятіе долга стали разсматривать какъ сингулярное преемство долга, такъ что ипотечный кредиторъ и безъ содѣйствія съ его стороны становится кредиторомъ принявшаго долгъ. Но и это создавало лишь новаго должника, сохраняя тождество обязательства [2]).

Законъ 1872 г. пошелъ послѣднимъ путемъ и лишь въ слабой и недостаточной формѣ ввелъ экснексуацію продавца, долгъ котораго принятъ покупателемъ имѣнья.

---

1) Deklaration v. 21 Mz. 1835.

2) ROHG. VIII 118 у Dernburg II 70.

Именно, законъ устанавливаетъ: „если пріобрѣтатель недвижимости принимаетъ тяготѣющую на недвижимости ипотеку въ зачетъ цѣны, кредиторъ получаетъ противъ пріобрѣтателя личный искъ, даже если онъ не участвовалъ при договорѣ принятія долга. Отчуждатель же становится свободнымъ отъ своей личной обязанности тогда, когда кредиторъ не востребуетъ ипотеку противъ собственника недвижимости въ теченіе 1 г. по увѣдомленіи его отчуждателемъ о принятіи долга и не осуществитъ своего иска въ теченіе 6 мѣс. по зрѣлости ипотеки. А если право востребованія исключено на извѣстное время или пріурочено къ извѣстному событію, срокъ начинается съ истеченіемъ того времени или наступленіемъ того событія [1]. Дернбургъ находитъ, что законъ слишкомъ суровъ къ должнику; слѣдовало бы срокъ сократить значительно [2].

7. *Распорядокъ ипотекъ и вотчинныхъ долговъ* опредѣляется порядкомъ записи, а порядокъ записи — временемъ представленія просьбъ о записи. Предъявленныя въ одинъ день ипотеки располагаются также по мѣрѣ предъявленія ихъ, если противное не условлено сторонами, точнѣе если противное не соизволилъ собственникъ [3]. Для большей наглядности, порядокъ ранговъ отмѣчается №№.

Предшествующій кредиторъ можетъ, однако, уступить рангъ послѣдующему кредитору, причемъ это не должно причинять ущерба промежуточнымъ кредиторамъ [4].

Въ примѣненіи къ современной ипотекѣ не разъ выдвигалась въ исторіи новая точка зрѣнія на рангъ ипотеки, намъ уже извѣстная подъ именемъ абсолютной Locus-Theorie, въ противоположность романистической точкѣ зрѣнія—относительной Locus-Theorie. Согласно первой точкѣ зрѣнія рангъ ипотеки долженъ оставаться разъ навсегда неизмѣннымъ. Согласно же второй ипотеки повышаются, съ отпаденіемъ предшествующихъ ипотекъ. Первую точку зрѣнія выдвигали, начиная съ 30-хъ годовъ, сторонники того взгляда, что современная ипотека имѣетъ иное строеніе, чѣмъ римская. За нее говорятъ и условія оборота ипотеки, какъ это мы уже знаемъ изъ предшествующаго. Ее выдвигала и реформаціонная литература. За нее высказывается и Дернбургъ, а для имперскаго Уложенія ее рекомендовалъ Гирке.

Тѣмъ не менѣе она до сихъ поръ не усвоена, главнымъ образомъ потому, что законодатель при созданіи ипотеки считался съ романистическими ученіями, съ точки зрѣнія которыхъ неповышеніе ипотеки съ отпаденіемъ предшествующихъ ипотекъ необъяснимо. Такъ и законъ 1872 г. установилъ начало, что съ отпаденіемъ предшествующей ипотеки послѣдующія ипотеки повышаются [5]. Но дается косвенное средство предотвращенія такого ре-

---

[1]) § 41 Eg.
[2]) II 78 и слѣд.
[3]) § 34 и 17.
[4]) § 35. Догматическія подробности у Dernburg II § 37, особ. стр. 275 и слѣд.
[5]) § 62.

зультата въ видѣ перехода оплаченной и т. п. ипотеки на собственника [1]). Дернбургъ, однако, упрекаетъ законъ 1872 г. за такую систему. Законодатель не долженъ считать себя связаннымъ господствующей доктриной. Онъ долженъ творить, прислушиваясь къ потребностямъ жизни. А что получилось въ результатѣ его плодотворной и цѣлесообразной дѣятельности, — это уже разбираетъ теорія [2]). Тѣмъ болѣе, что относительная Locus-Theorie создаетъ не менѣе затрудненій, если еще не болѣе, чѣмъ абсолютная.

На практикѣ встрѣчается, что собственникъ, давая согласіе на запись ипотеки или вотчиннаго долга, предоставляетъ себѣ право—придать позднѣе записываемому посту преимущественное право передъ соизволеннымъ въ данный моментъ. Законъ не регулируетъ этого случая, но и не запрещаетъ. Предоставленіе преимущества можетъ быть выговорено какъ для опредѣленнаго требованія, такъ и для неопредѣленнаго. Въ послѣднемъ случаѣ требуется особое заявленіе землевладѣльца, чтобы установить привиллегированный постъ.

Въ конкурсѣ на открытое мѣсто собственникъ ничего не получаетъ, и при установленіи слѣдующихъ ипотекъ онъ долженъ повторить предоставленіе, чтобы связать тѣмъ послѣдующихъ кредиторовъ. Все это открываетъ на практикѣ такое широкое поле для путаницы и коллизій между кредиторами, которыя дѣлаютъ институтъ открытаго мѣста самой непрактичной и неудобной формой достиженія цѣлей, имъ поставляемыхъ [3]).

Реформаціонная литература много и долго боролась за то, чтобы не допустить права оспариванія со стороны послѣдующихъ кредиторовъ предшествующихъ имъ ипотекъ. Мотивомъ служило то, что разные ранги представляютъ теперь и разныя цѣнности, и кредиторъ, вступая въ извѣстный рангъ, долженъ имъ довольствоваться. Первый проектъ 1868 г. усвоилъ этотъ взглядъ еще и по другому соображенію, им. что принципъ консенза и абстрактный характеръ соизволенія на ипотеку не согласуются съ духомъ и самой возможностью начала оспариванія. Но законъ 1872 г. исключилъ оспариваніе только для вотчиннаго долга и то съ исключеніемъ для кредиторовъ, получившихъ свою ипотеку въ порядкѣ принудительнаго исполненія [4]).

8. *Прекращеніе ипотеки и вотчиннаго долга*. Записанная ипотека или вотчинный долгъ имѣютъ книжное существованіе даже тогда, когда они не обосновываютъ матеріальнаго права кредитора, напримѣръ, за неуплатой валюты; черезъ одну запись они становятся факторомъ для права и суда, съ которымъ участвующія лица должны считаться. Такъ же точно дѣло обстоитъ и съ погашеніемъ по книгѣ этихъ правъ. Даже послѣдовавшее безъ правомѣрной основы погашеніе имѣетъ разрушительную силу, хотя такое погашеніе и не устраняетъ окончательно ипотеку или вотчинный долгъ. По-

---

[1]) § 63.
[2]) II 270.
[3]) См. объ этомъ у Dernburg II, § 38.
[4]) § 70. Eg.—Подробности у Dernburg II § 40.

гашеніе полагаетъ посту конецъ по книгѣ. Это относится какъ до погашенія неправомѣрныхъ матеріально постовъ, такъ и до погашенія правомѣрныхъ, но удовлетворенныхъ матеріально постовъ. Одно наступленіе матеріальнаго основанія прекращенія ипотеки или вотчиннаго долга не влечетъ прекращенія формальнаго ихъ бытія. Для этого требуется погашеніе по книгѣ [1]).

Погашеніе слѣдуетъ на просьбу собственника или требованіе компетентнаго учрежденія. Для погашенія предъявляется ипотечное и в.-д. свидѣтельство [2]). И тутъ сказывается различіе организаціи ипотеки и вотчиннаго долга. При ипотекѣ свидѣтельство можетъ и не быть выправлено, тогда и погашеніе слѣдуетъ на основаніи данныхъ о матеріальномъ прекращеніи ипотеки и законъ 1872 г. считается съ этимъ. При вотчинномъ долгѣ погашеніе не возможно безъ предъявленія вотчинно-долгового свидѣтельства или его суррогатовъ (амотризація и т. п.).

Законъ 1872 г. не регулируетъ вовсе вопроса о случаяхъ неправильнаго погашенія; они, такимъ образомъ, регулируются въ общемъ духѣ учрежденія. При чемъ трудно сказать, возможно ли руководствоваться началами Ландрехта, обнаруживавшими пощаду къ потерпѣвшему отъ погашенія управомоченному, и непослѣдовательнѣе ли стоять на точкѣ зрѣнія новаго закона, суроваго при проведеніи формалистическихъ своихъ началъ.

Во избѣжаніе повышенія послѣдующихъ ипотекъ съ погашеніемъ предшествующихъ, законъ 1872 г. даетъ собственнику право за уплату или иное удовлетвореніе кредитора—вступить самому въ ипотеку на правахъ кредитора [3]). То же право собственника кредитора устанавливается и на случай иного сліянія собственности и залога [4]). Т. е. законъ усвоилъ относительную Locus-Theorie.

V. *Заключеніе.* Законы 1872 г., какъ мы уже видѣли, исходили изъ идеи, что ипотека будетъ служить, главнымъ образомъ, дѣлу обезпеченія, тогда какъ вотчинный долгъ—дѣлу оборота.

На дѣлѣ же оказалось, что оборотъ чуждался вотчиннаго долга и обращался больше всего къ ипотекѣ. Объясненіе явленія можно подыскать въ томъ, что обѣ организаціи съ самаго начала не расходились значительно въ отношеніи оборотовой способности; практика же, отвѣчая дѣловому обороту съ ипотекой, и вовсе стремилась придать ипотекѣ возможно подвижныя свойства, а теорія и вовсе имѣетъ тенденцію сблизить ипотеку съ вотчиннымъ долгомъ [5]). Нѣтъ ничего удивительнаго, что новая организація, вотчинный

---

[1]) § 57.—Но есть случаи простого матеріальнаго прекращенія, какъ гибель вещи, истеченіе срока, наступленіе резолютивнаго условія и т. д. Dernburg II 310.

[2]) § 58 Eg., § 94 GBO.

[3]) § 63, 64.

[4]) § 65, 66.

[5]) Дернбургъ не признаетъ между обѣими организаціями никакихъ существенныхъ матеріальныхъ различій, при чемъ опирается больше всего на практику и прежнее законодательство и старается представить ипотеку въ свѣтѣ послѣднихъ. Кромѣ того, что вотчинный долгъ—самостоятельное право, а ипотека хотя относительно, акцессорное право, между

долгъ, которая еще только призывается къ жизни и представляетъ для публики невѣдомыя очертанія и которая вошла въ жизнь въ то время, когда стали раздаваться голоса о насыщеніи и даже пресыщеніи землевладѣнія кредитомъ, оказалась въ меньшинствѣ. Можетъ быть, самая организація вотчиннаго долга, отрѣшенность его отъ основанія, пугала публику. Во всякомъ случаѣ, объясненіе факту малаго распространенія вотчиннаго долга можно будетъ дать лишь долго спустя послѣ его дѣйствія.

Несомнѣненъ фактъ, что когда ипотека оказалась господствующей формой кредита, самые уравновѣшенные юристы, какъ Дернбургъ, стали требовать отрѣшенія ея отъ личнаго обязательства. Отсюда, трудно думать, что вотчинный долгъ не получилъ широкаго дѣйствія вслѣдствіе его самостоятельной природы. Тамъ, гдѣ онъ не имѣетъ конкуррента, онъ даетъ блестящіе результаты, какъ въ Мекленбургѣ, Гамбургѣ и т. д.

Какъ бы то ни было, но законъ 1872 г. удовлетворилъ требованіямъ реформы въ полной мѣрѣ и юридическая мысль приступила къ догматической разработкѣ новаго права, комментарію на него и практическимъ руководствамъ [1]).

Успокоенію умовъ содѣйствовало не только то, что законъ 1872 г. по своей смѣлости заходилъ едва ли не дальше всѣхъ самыхъ смѣлыхъ проектовъ, но и три другія еще знаменательныя явленія: одно — изъ области теоріи, другое—изъ отношеній реальнаго кредита, третье—изъ области правовой жизни объединенной Германіи. Первое явленіе — это все болѣе распространявшееся вліяніе идеи Родбертуса о непригодности ипотеки какъ правовой формы реальнаго кредита и необходимости организаціи реальнаго кредита на рентномъ началѣ. Это ученіе успѣло не только завоевать себѣ популярность въ мірѣ идей, но и вызвать къ жизни оживленіе въ области экономической политики, именно развитіе рентныхъ банковъ. Это явленіе шло рука-объ-руку съ другимъ, именно съ пресыщеніемъ реальнымъ кредитомъ, вызывавшимъ

обѣими организаціями, дѣйствительно, нельзя найти иныхъ существенныхъ отличій. Но Дернбургъ умаляетъ и это различіе, руководясь постановкой ипотеки на практикѣ, которая дѣйствительно систематически сближала ипотеку съ вотчиннымъ долгомъ даже въ указанномъ моментѣ ихъ наибольшаго первоначальнаго различія. Дернбургъ даже требуетъ, чтобы ипотека была провозглашена вполнѣ самостоятельнымъ правомъ, а вотчинный долгъ былъ вовсе отмѣненъ. Но законъ 1872 г., какъ мы видѣли, не хотѣлъ такого сближенія двухъ организацій, а пытался отвести имъ различное поле дѣйствія, и только не провелъ свое намѣреніе до конца, благодаря столкновенію различныхъ законодательныхъ факторовъ.

[1]) Кромѣ солиднаго труда Дернбурга, такое значеніе именно принадлежитъ работамъ: Janke, Zur neuen H.-u. Gr. B.-Og. Stettin 1872; Blanckart, Wie habe ich mich bei der Einführung des Gr. Buches zu verhalten. 1890. Johow, Zur Lehre von den Rechten des Pfandgläubigers. Berlin 1871, Reüsch, Die Zurückführung des Grundbuchs auf die Steuerbücher Berlin 1890; Neuman, Die Verbindung des Grundbuchs mit dem Steuerbuch. Berlin, 1893; Paris, Collision der H. mit dem Eigenthum. Cöslin 1875; его же Uebertragungsform der Grundschuld. Berlin 1883; Goldschmidt, Systematik des Pfr. u. der H. des Eigenthümers. Berlin 1877; Kähnast, Untersuchung des Grundsch.-Begriffes, Berlin 1878; а особенно Förster, Preussisches Grundbuchrecht. и друг.

реакцію противъ института ипотеки и въ рядахъ сельскихъ хозяевъ, несшихъ тяжесть злоупотребленій ипотечнымъ кредитомъ и естественно переходившихъ въ ряды послѣдователей идеи Родбертуса. Наконецъ, третье явленіе—это было воспослѣдовавшее въ 1872 г. повелѣніе о выработкѣ имперскаго гражданскаго уложенія. Это послѣднее явленіе внесло общій застой законодательной дѣятельности во всѣхъ германскихъ государствахъ въ области гражданскаго права, какъ это мы уже видѣли выше. И вплоть до изданія уложенія мы не встрѣчаемъ уже сколько-нибудь значительныхъ и достойныхъ упоминанія мѣропріятій законодателя въ изслѣдуемой нами области.

ГЛАВА III.

Вотчинно-ипотечный режимъ имперскаго германскаго уложенія [1]).

§ 86. Общія замѣчанія.

Обработка имперскаго уложенія сопровождалась всѣмъ извѣстнымъ грандіознымъ движеніемъ не только юридической, но и соціально-политической мысли въ Германіи. И тѣмъ не менѣе области вотчинно-ипотечнаго режима это движеніе почти не затронуло. Объясненіемъ служитъ то, что дѣйствовавшее право того времени, особенно прусское и мекленбургское, уже давали все, чего можно было требовать отъ права въ области кредитнаго дѣла. Вотъ почему первый проектъ уложенія [2]) въ своихъ мотивахъ представляетъ главнымъ образомъ сводку партикулярныхъ германскихъ правъ, съ явнымъ предпочтеніемъ прусскому праву передъ прочими мѣстными правами. Главной задачей уложенія и ставилась въ этой области сводка прежняго права. Однако, прежнія права, родственныя по общей тенденціи, все же различались не только въ деталяхъ, но и въ принципіальномъ отношеніи, представляя различную степень формализаціи и націонализаціи права, отчасти даже въ отвѣтъ на различныя мѣстныя потребности и особенности вотчиннаго и кредитнаго оборота. И вотъ, уложеніе, подъ предлогомъ удовлетворенія различныхъ практическихъ потребностей, усваиваетъ одновременно рядъ организацій, устанавливающихъ преемство и переходъ отъ мѣстныхъ правъ къ господствующему въ уложеніи общему праву, сколотому съ прусскихъ организацій закона 1872 г. Такъ, безъ коренной ломки, путемъ добровольной и медленной ассимиляціи въ Германіи должно получиться единство права,—въ формахъ, которыя опредѣлитъ внутреннее превосходство той или другой правовой организаціи уложенія. Возлагаемая на людей оборота задача выбрать наилучшее въ цѣлой серіи организацій, конечно, трудная, но въ Гер-

---

[1]) Литературой мнѣ служили больше всего Dernburg, Das bürg. Recht. Halle 1898 III, Mittelstein, Das Hyp. R. des Bürg. Ges.-B. Hamburg 1898. Gierke, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetz-Buches, Oberneck, Das Hyp. R. des Bürg. Ges.-Buches Berlin 1897. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, Jena 1899.

[2]) Entwurf eines bürgerlichen Ges.-Buches für das deutsche Reich. Berlin u. Leipzig 1888.

маніи она облегчается какъ общимъ образованіемъ массъ, такъ и мѣстными традиціями.

Кромѣ сводки прежняго права, примирительно относившейся ко всѣмъ партикулярнымъ правовымъ образованіямъ, уложеніе преслѣдовало съ самаго начала и другую, вполнѣ приличную ему задачу, именно—принципіальной систематики новыхъ правовыхъ идей, давно назрѣвшей, но, какъ мы видѣли, нигдѣ ранѣе того не проведенной послѣдовательно; и вотъ уже первый проектъ порываетъ съ римской системой и выдвигаетъ всюду особенности германизованнаго вотчинно-ипотечнаго права. Ученію о вещномъ правѣ предпосылается рядъ общихъ положеній о вотчинно-ипотечной системѣ; право движимостей и недвижимостей рѣзко раздѣляется въ системѣ; залогъ недвижимостей совершенно отдѣляется и предпосылается залогу движимостей и т. д. Развивается ученіе о вещномъ договорѣ. Наконецъ, провозглашается новое начало, еретическое съ точки зрѣнія римскаго права, именно, что отъ соединенія въ одномъ лицѣ собственности и другого вещнаго права на участокъ послѣднее право не исчезаетъ въ собственности; это обобщеніе дѣлается по ряду соображеній, изъ которыхъ главнымъ выставляется потребность въ ипотекѣ собственника [1]).

Однако, если въ общемъ и цѣломъ вотчинно-ипотечный режимъ уложенія построенъ на прежней почвѣ, то кое въ чемъ онъ не остался чуждъ и новшествъ. Такъ, подъ предлогомъ сохраненія гамбургскаго и др. вотчиннаго долга на предъявителя, уложеніе усвоило во второмъ проектѣ этотъ институтъ. Кромѣ того, въ цѣляхъ послѣдовательности и обобщенія правовыхъ началъ, уложеніе невольно внесло и другія новшества, какъ, напр., теорію обстрактнаго вещнаго договора, послѣдовательно проведеннаго, устраненія confusio собственности и другого вещнаго права любого рода и т. д. Не маловажное новшество уложенія представляетъ и рентный долгъ. Первый проектъ еще не зналъ этого института. Но, послѣ разносторонней критики перваго проекта, институтъ появляется во второмъ проектѣ и, при общемъ сочувствіи, оказанномъ ему въ рейхстагѣ [2]), въ виду ожидаемаго отъ него облегченія положенія сельскаго хозяйства, онъ прошелъ безъ затрудненій. Но онъ былъ усвоенъ какъ подвидъ вотчиннаго долга. И усвоенію его придавалось значеніе перваго опыта. Такое сдержанное отношеніе законодателя къ экономическимъ теоріямъ, конечно, единственно здоровое и заслуживаетъ только сочувствія.

Уложеніе, обнаруживающее общую сдержанность и свободу отъ какихъ-либо теоретическихъ увлеченій и ставящее себѣ задачей удовлетвореніе практическимъ потребностямъ, а не упроченіе какихъ бы то ни было теоретическихъ направленій, открыто отказывается отъ взгляда на ипотеку, какъ Realobligation, и усваиваетъ исторически сложившійся взглядъ на ипотеку

---

[1]) См. 1-ый проектъ стр. 201, особ. 203.

[2]) См. Verhandlungen des Reichstages zum B. GB. Bd. I 139, Bd. II 18, Bd. III 3073 и друг.

какъ строго вещное право, поражающее объектъ въ его цѣновомъ моментѣ; собственникъ заложенной вещи открыто признается обязаннымъ лишь терпѣть нападеніе кредитора на его недвижимость.

Тотъ же господствующій въ уложеніи духъ практицизма подсказалъ уложенію средній путь и въ рѣшеніи другого наболѣвшаго въ наше время вопроса о характерѣ самостоятельности современной ипотеки. Господствующая, такъ сказать, нормальная форма реальнаго кредита въ уложеніи — это принципіально-акцессорная ипотека, но такая, гдѣ личное требованіе фингируется для ипотеки, хотя бы оно въ дѣйствительности не существовало. Теоретически неуклюжая, фигура эта является практически плодотворной, такъ какъ, обезвреженная для оборотоспособности, она даетъ въ руки кредитору два орудія для труднаго дѣла осуществленія его права: экзекуцію на движимости и недвижимости должника. Наконецъ, тотъ же духъ практицизма наложилъ печать на всѣ институты уложенія, чуждые прямолинейной простоты и строгой принципіальности, блѣдноватые, но полные житейскаго благоразумія и практической трезвости.

§ 87. Формальное право.

Формальное вотчинно-ипотечное право содержится въ особомъ законѣ отъ 24 марта 1897 г., носящемъ названіе „Grundbuchordnung für das D. Reich“ [1]), долженствующемъ вступить въ силу вмѣстѣ съ Уложеніемъ съ 1 января 1900 г. Но кое-что содержитъ и само Уложеніе.

Объединеніе формальнаго права было сопряжено еще съ большими затрудненіями, чѣмъ объединеніе матеріальнаго права. Поэтому имперскій вотчинный уставъ 1897 г. и Einführungsgesetz къ Уложенію даютъ значительный просторъ партикуляризму, сводящійся, конечно, къ уступкѣ дѣйствующему мѣстному праву [2]).

1. Такъ, организація *вотчинныхъ установленій* всецѣло предоставляется мѣстному правообразованію, т. е. сохраняется прежняя вездѣ, гдѣ и какъ она сложилась до Уложенія, и до тѣхъ поръ, пока мѣстное право не измѣнитъ ея. Установленія только получаютъ всюду одно названіе — Grundbuchämter [3]).

Организуется единообразно институтъ обжалованія опредѣленій вотчинныхъ установленій, именно въ Landesgericht и Oberlandesgericht и Reichsgericht, въ цив. департаментъ; но и это не для всѣхъ случаевъ; обжалованіе дѣйствій, носящихъ характеръ судебнаго управленія, предоставляется мѣстному праву, именно въ этихъ случаяхъ компетентными признаются соотвѣтствующія надзирающія инстанціи [4]).

---

1) Berlin 1897.

2) Cp. Dernburg, Das bürg. Recht des Deutsch. Reichs u. Preuss. III. Halle 1898, § 33.

3) GBO § 1.

4) GBO § 71 и слѣд. Dernburg, стр. 99.

Но уже значительное новшество, давно требовавшееся въ Пруссіи v. Göetze, усвоено GBO 1897 г. по вопросу объ отвѣтственности передъ гражданами вотчинныхъ установленій за нарушеніе служебныхъ обязанностей. Именно, до уложенія мѣстныя германскія права (Мекленбургское, Прусское) знали только субсидіарную отвѣтственность государства за дѣйствія вотчиннаго чиновника, и то лишь какъ исключеніе изъ общаго правила о неотвѣтственности государства за дѣйствія чиновниковъ, осуществляющихъ политическія полномочія. Уложеніе [1]) провозглашая общее начало отвѣтственности вотчинныхъ чиновниковъ за нарушенія служебныхъ обязанностей и случаи такой отвѣтственности, вовсе не касается отвѣтственности государства. Но вотчинный уставъ 1897 г. [2]) провозглашаетъ, что въ случаяхъ, гдѣ по Уложенію вотчинный чиновникъ отвѣчаетъ за ущербъ передъ публикой, послѣдняя имѣетъ дѣло не съ чиновникомъ, а непосредственно съ государствомъ. А послѣднее уже имѣетъ дѣло съ чиновникомъ. Такое заступленіе государствомъ чиновника въ имущественной отвѣтственности за ущербъ, причиняемый чиновникомъ публикѣ при веденіи вотчиннаго дѣла, является благодѣтельнымъ сингуляритетомъ, едва ли опаснымъ для государства, въ виду рѣдкихъ случаевъ отвѣтственности, но безусловно успокоительнымъ для публики [3]).

2. Организація *вотчинныхъ книгъ* также регулируется въ имперскомъ вотчинномъ уставѣ лишь въ самыхъ общихъ чертахъ. Регламентація подробностей также предоставляется мѣстному праву (им. Landesjustizverwaltung) [4]). Причемъ, конечно, и тутъ до времени сохранитъ свою силу прежняя организація.

Уставъ 1897 г. предписываетъ лишь, что книги организуются по округамъ [5]). Но и изъ этого правила доспускается исключеніе [6]).

Обязательной признается реальная система книги, въ силу которой каждое имѣнье получаетъ въ книгѣ опредѣленное мѣсто (вотчинный листъ), гдѣ и заносятся всѣ относящіяся до него записи. Этотъ реальный листъ имѣнья называется технически его вотчинной книгой [7]). Допускается, по прежнему, и соединеніе на одномъ листѣ нѣсколькихъ имѣній, принадлежащихъ одному собственнику и расположенныхъ въ одномъ вотчинномъ округѣ, если соединеніе не грозитъ замѣшательствомъ [8]).

Что касается института вотчинныхъ актовъ, то организація его предоставляется мѣстному судебному управленію [9]). Имперскій вотчинный уставъ

---

[1]) § 839.
[2]) § 12.
[3]) Ср. Дернбургъ, III 102.
[4]) GBO § 1 и 2.
[5]) § 2 п. 2.
[6]) § 85 GBO.
[7]) § 3 GBO.
[8]) § 4.
[9]) § 94 GBO.

требуетъ только, чтобы вотчинное установленіе хранило акты, на которыхъ покоится запись, въ подлинникахъ или въ удостовѣренныхъ копіяхъ [1]).

Равно стороны могутъ передать на сбереженіе вотчинному установленію и документы о сдѣлкахъ, послужившихъ основаніемъ соизволенія на запись [2]);— хотя сдѣлки и не принимались въ расчетъ при записи, по началу консенза. Такъ что установленіе служитъ тутъ архивомъ для частныхъ лицъ [3]).

Начало внѣшняго публицитета уставъ проводитъ въ границахъ, указанныхъ прусскимъ закономъ 1872 г. Обзоръ вотчинной книги доступенъ всѣмъ, кто укажетъ на правомѣрный интересъ къ обзору. Тоже устанавливается и для обзора актовъ, на которые ссылается книга, какъ пополненіе записи. Тоже устанавливается и для невыполненныхъ еще просьбъ о записи, находящихся въ дѣлахъ установленія. Наконецъ, вездѣ, гдѣ допускается личный осмотръ, допускается и требованіе выписей, по желанію, удостовѣренныхъ [4]). Равно, и начало fides publica вотчинной книги усвоено уложеніемъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой оно было извѣстно партикулярнымъ правамъ до Уложенія [5]).

3. Вопросъ объ объектѣ вотчинной книги имперскій уставъ также регулируетъ въ самыхъ общихъ чертахъ; — такимъ объектомъ онъ признаетъ просто недвижимость [6]); подробности и тутъ разрѣшаются мѣстнымъ правомъ, какъ равно и исключенія изъ правила [7]).

4. *Производство* при записи въ вотчинную книгу.

I. Уложеніе усваиваетъ прежде извѣстное начало, что запись въ вотчинную книгу, всякаго рода, слѣдуетъ, по правилу, только на требованіе стороны [8]). Каковое требованіе должно имѣть правомѣрную основу и надлежащее содержаніе [9]). Само установленіе ex officio, по правилу, не совершаетъ записи, даже когда оно по должности узнало о перемѣнѣ правоотношенія по недвижимости [10]). Но законъ въ отдѣльныхъ случаяхъ, по исключенію, даетъ ему право и вмѣняетъ въ обязанность—совершать записи ex officio [11]). Главнымъ образомъ, это имѣетъ мѣсто въ случаѣ, когда нужно занести въ книгу возраженіе на запись, покоющуюся на нарушеніи права, напр., когда по ошиб-

---

[1]) § 9 п. 1.

[2]) § 9 п. 2.

[3]) Dernburg III 107.—Въ цѣляхъ практическихъ помѣщеніе сдѣлокъ въ установленіи, хотя онѣ и не принимаются въ соображеніе при записи, рекомендовалось еще при обсужденіи прусскаго закона 72 г. въ палатѣ господъ. См. Werner II.

[4]) § 11 GBO.

[5]) BGB § 892 и друг.

[6]) § 3.

[7]) § 90.

[8]) § 13 GBO.

[9]) Ср. Dernburg III 117.

[10]) § 13, 39 GBO. Dernburg III 117: напр., оно есть и судъ, завѣдующій дѣлами о наслѣдованіи.

[11]) См. GBO § 7, 8, 23, 52, 53, особ. 54, наконецъ, 76. См. также Dernburg III 117.

къ чиновника, запись послѣдовала на листѣ не того участка, котораго она касается; или когда запись имѣетъ недозволенное содержаніе.

На прежнихъ основаніяхъ, уставъ знаетъ и случаи, когда тотъ или иной правительственный органъ можетъ, при наличности извѣстныхъ условій, обращаться къ вотчинному установленію съ требованіемъ о совершеніи записи [1]. Эти случаи мыслимы какъ по имперскому, такъ и мѣстному праву [2]. Расширяя инициативу установленія, Уложеніе исправляетъ суровость прусскаго права закона 1872 г.

II. Мы уже знаемъ, что мѣстныя права отправлялись чаще всего отъ идеи, что основой просьбы о записи какъ матеріально, такъ и формально служитъ правовой титулъ, осуществляющій перемѣну вещнаго правоотношенія по недвижимости, напр., купля. Знаемъ также, что прусскій законъ 1872 г., вслѣдъ за мекленбургскимъ правомъ, отказался отъ такой организаціи и усвоилъ принципъ консенза, въ силу котораго предъявленіе титула не имѣетъ формальнаго значенія для записи; и послѣдняя слѣдуетъ на основаніи соизволенія лица, право котораго затрогивается записью. Да и матеріально значеніе титула было крайне умалено. Уложеніе проводитъ это новшество съ бо́льшей еще послѣдовательностью.

Согласно имперскому вотчинному уставу [3], запись слѣдуетъ всегда, когда ее соизволитъ лицо, право котораго на недвижимость она затрогиваетъ. Это соизволеніе пассивнаго интерессента выступаетъ передъ вотчиннымъ установленіемъ какъ отвлеченное отъ своего правооснованія, абстрактное одностороннее волеизъявленіе лица, право коего затрогивается записью. Такова формальная сторона дѣла. Матеріально же начало консенза проводится Уложеніемъ въ томъ смыслѣ, что, для пріобрѣтенія вещнаго права на участокъ, Уложеніе требуетъ соглашенія сторонъ объ измѣненіи правоотношенія по недвижимости [4]. Это соглашеніе есть абстрактный вещный договоръ, при которомъ личная сдѣлка объ отчужденіи является только мотивомъ, а не основаніемъ. Отсюда и вліяніе ея на договоръ крайне относительное.

Такой дуплицитетъ (формально—односторонній и матеріально—двусторонній консензъ) не имѣетъ, однако, мѣста при отчужденіи собственности. Ибо тутъ запись слѣдуетъ лишь тогда, когда состоялось соглашеніе сторонъ объ отчужденіи (Auflassung) [5].

III. Имперское право, конечно, усвоило, въ цѣляхъ послѣдовательности и стройности вотчинной системы, и то начало, что соизволяющій самъ долженъ быть записанъ въ книгу какъ субъектъ права, а равно и исключенія изъ него на случай перехода ипотекъ и наслѣдованія недвижимостей [6].

---

1) § 39 GBO.

2) Dernburg, III 118.

3) § 19 ср. Dernburg, III 118.

4) BGB, § 873.

5) GBO, § 20: тоже при Superficies.

6) GBO. § 40, 41, BGB. § 1155, 2205—2209, 2213. Ср. Dernburg, III 119.

IV. Просителемъ записи можетъ быть, по имперскому праву, активно-заинтересованный, пассивно-заинтересованный, 3-е лицо, которое имѣетъ подлежащій осуществленію титулъ противъ незаписаннаго еще управомоченнаго, если отъ записи права послѣдняго зависитъ запись права 3-го лица, наконецъ, нотаріусъ, у котораго совершено волеизъявленіе, дающее основу записи [1]).

V. Просьба и соизволеніе должны быть согласованы другъ съ другомъ и особенно должны ясно указывать, что и гдѣ подлежитъ записи.

Въ особенности они должны считаться съ началомъ спеціалитета, какъ формальной основы вотчиннаго режима. Отсюда, они указываютъ недвижимость точно и спеціально, и при томъ согласно съ вотчинной книгой, а равно и сумму [2]).

VI. Основа записи должна быть предъявлена установленію въ безспорной формѣ. Соизволеніе на запись и другія волеизъявленія интерессентовъ или совершаются въ установленіи и заносятся въ протоколъ, или же доказываются оффиціальными актами. Исключеніе дѣлается на случаи, гдѣ, безъ ущерба дѣлу, можно внести облегченіе для сторонъ [3]).

VII. Установленіе отмѣчаетъ моментъ поступленія просьбы о записи съ педантической точностью [4]), такъ какъ постановленіе по просьбамъ слѣдуетъ въ порядкѣ ихъ поступленія [5]), и все это рѣшаетъ рангъ правоотношеній по книгѣ [6]).

VIII. Въ случаѣ недочетовъ просьбы о записи установленіе или отклоняетъ просьбу, или даетъ просителю срокъ для устраненія ихъ. Если въ теченіе этого срока предъявляется иное право къ записи, установленіе ex officio отмѣчаетъ фактъ прежде поступившей просьбы въ книгѣ, со значеніемъ отмѣтки [7]). Тутъ опять Уложеніе смягчаетъ суровое и прямолинейно проведенное прусскимъ закономъ 1872 г. начало консенза и частной инициативы.

IX. Запись въ книгу слѣдуетъ по распоряженію вотчиннаго судьи по формѣ, проектированной имъ же. Запись указываетъ день ея совершенія и подписывается чиновникомъ [8]). При составленіи записи установленіе не связано формулировкой, даваемой въ просьбѣ о записи. Запись даетъ лишь краткое и ясное выраженіе заносимаго правоотношенія [9]).

5. *Значеніе вотчинной книги для правъ на недвижимости вообще.* Мы уже знаемъ, какъ, шагъ за шагомъ, издавна расло значеніе вотчинной кни-

---

1) GBO. § 13—15.
2) GBO. § 28. Dernburg III 120.
3) GBO. § 29, 30. Dernburg III 120.
4) § 13.
5) § 17.
6) Ниже. Ср. Dernburg III 121.
7) § 18 GBO.
8) GBO. § 45.
9) Dernburg III 122.

ги какъ основы вотчинныхъ правъ, начиная съ Besitztitelberichtigung Ландрехта и вплоть до Auflassung прусскаго закона 1872 г.

И тутъ Уложеніе, становясь на почву Auflassung прусскаго права, подводитъ итоги предшествующему правообразованію тѣмъ, что въ общихъ положеніяхъ о вещныхъ правахъ обобщаетъ начало Auflassung, какъ бы приближаясь къ древней Auflassung, и ставитъ возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе всѣхъ вещныхъ правъ на недвижимости по сдѣлкамъ въ коренную зависимость отъ записи въ книгу.

Однако, по преемственности, и Уложеніе проводитъ это начало, главнымъ образомъ, только для случаевъ добровольнаго распоряженія недвижимостью. Измѣненія правоотношеній, слѣдующія по инымъ основаніямъ, напр., наслѣдованію и т. д., наступаютъ и по Уложенію безъ книжной записи. Равнымъ образомъ, не всѣ правоотношенія по Уложенію подлежатъ гласности; такъ, обремененія недвижимостей публичными общими повинностями и впредь остаются дѣйствительными безъ записи ихъ въ вотчинную книгу.

6. Коррективъ къ системѣ публицитета, т. е. *институтъ отмѣтокъ и протестацій*, регулируется Уложеніемъ въ духѣ прусскаго права. Таковыя ограничиваются случаями необходимости, какъ стѣснительныя для оборота; но кое въ чемъ Уложеніе и тутъ смягчаетъ чрезмѣрно суровый прусскій законъ 1872 г. (BGB § 838 и слѣд., GBO § 18, 76, 25).

§ 88. Матеріальное право. Общее ученіе о пріобрѣтеніи вещныхъ правъ [1]).

Мы уже знаемъ, что большинство партикулярныхъ правъ требовало, для пріобрѣтенія собственности и другихъ вещныхъ правъ по сдѣлкамъ, титула и традиціи или титула и записи.

Но вотъ законодательная техника, преслѣдуя нѣкоторыя выгоды оборота, стала раздѣлять указанные моменты, естественно связанные, и допускать установленіе собственности и вещныхъ правъ независимо отъ правооснованія пріобрѣтенія. Это особенно проводилъ уже законъ 1872 г. въ случаѣ добровольнаго отчужденія недвижимостей, который допускалъ отчужденіе недвижимостей путемъ Auflassung и записи, независимо отъ наличности и правовой дѣйствительности правооснованія. Цѣлью было ускореніе и облегченіе производства въ вотчинномъ установленіи. А въ видѣ корректива, въ уваженіе матеріальной истины, усвоили римскую систему кондикцій. Потерпѣвшій получалъ противъ неосновательно пріобрѣтшаго недвижимость искъ о неправомѣрномъ обогащеніи.

Уложеніе возводитъ самостоятельность передаточной сдѣлки на степень общаго начала вещнаго права. Не только собственность, но и вещныя права на недвижимость (и даже на движимость) переходятъ на пріобрѣтателя, безъ вниманія къ лежащему въ основѣ отчужденія титулу.

---

[1]) См. Dernburg III 186 и слѣд.

Начало абстрактнаго вещнаго договора въ связи съ системой кондикцій приводитъ къ слѣдующимъ детальнымъ выводамъ.

1. Вещный договоръ самъ можетъ быть ничтожнымъ. Съ ничтожностью уравнивается и оспоримость его, когда оспариваніе воспослѣдовало [1]).

Таковы случаи, когда вещный договоръ заключенъ только для вида, когда при немъ имѣли мѣсто существенное заблужденіе, обманъ или принужденіе или когда онъ направляется противъ добрыхъ нравовъ, особенно законовъ о лихвѣ. Тутъ отчуждатель остается собственникомъ. Онъ въ правѣ требовать исправленія неправильной записи. Не требуется тогда и обратная Auflassung. Притязаніе объ исправленіи дѣйствуетъ и противъ 3-хъ пріобрѣтателей, если ихъ не защищаетъ довѣріе къ вотчинной книгѣ.

2. Совсѣмъ иначе дѣло обстоитъ, когда отчужденію не достаетъ дѣйствительнаго правооснованія, напр. наслѣдникъ передаетъ участокъ потому, что ошибочно считаетъ себя обязаннымъ къ тому по легату. Тутъ собственность окончательно имъ утрачивается и переходитъ къ пріобрѣтателю. И отчуждатель имѣетъ только личный искъ противъ пріобрѣтателя и его наслѣдниковъ, по случаю неправомѣрнаго обогащенія, о возвратной передачѣ недвижимости. Тутъ уже требуется обратная Auflassung. Больше правъ отчуждатель получаетъ тутъ лишь въ томъ случаѣ, если добьется отмѣтки [2]).

3. Однако, когда правооснованіе опорочено подлогомъ, угрозой, заблужденіемъ, безнравственными видами, и когда совершеніе вещнаго договора происходитъ безъ измѣненія условій, отчужденіе, кажется, подлежитъ оспариванію [3]).

Прекращеніе вещныхъ правъ на недвижимости, вообще, совершается путемъ односторонняго изъявленія субъекта права и записи въ книгу [4]). Залогъ переходитъ тогда на собственника [5]). Соединеніе вещнаго права и собственности не влечетъ болѣе прекращенія первыхъ [6]).

§ 89. Пріобрѣтеніе права собственности на недвижимости. Auflassung.

I. Auflassung Уложенія представляетъ собою продолженіе дѣла прусскаго закона 1872 г. Передача собственности состоитъ изъ соглашенія управомоченнаго и пріобрѣтателя о переходѣ собственности на недвижимость, выражаемаго абстрактно изустно единовременно передъ вотчиннымъ установленіемъ и сопровождаемаго соизволеніемъ управомоченнаго и просьбой о записи отчужденія въ вотчинную книгу; наконецъ—изъ выполненія записи. Соизволеніе и просьба могутъ быть соединены съ заявленіемъ объ отчужденіи. Практически это и будетъ правиломъ.

---

1) BGB. § 142.
2) BGB. § 883.
3) Dernburg III 190.
4) BGB. § 928, 875.
5) § 1168 eod.
6) § 889 eod.

Auflassung можетъ быть совершена и не записаннымъ въ книгу собственникомъ, но запись пріобрѣтенія возможна только по записи отчуждателя.

II. Соглашеніе, требуемое для передачи собственности на недвижимость, Auflassung (§ 925 BGB) подчиняется общимъ правиламъ о сдѣлкахъ, а особенно о волеизъявленіяхъ (§ 116 BGB). Въ особенности же Auflassung не допускается условно или на срокъ (§ 925 п. 2 BGB). Но институтъ отмѣтокъ даетъ гибкость (GBO § 16).

Уложеніе не требуетъ, чтобы Auflassung и запись слѣдовали непосредственно другъ за другомъ, какъ этого требовалъ законъ 1872 г.; но это и безъ того есть обязанность вотчиннаго установленія.

Auflassung и по Уложенію восполняется приговоромъ, присуждающимъ сторону къ ея совершенію. И тогда требуется только просьба истца [1]).

III. Однако, Auflassung и примыкающая къ ней запись только тогда даютъ собственность, когда имѣются на лицо матеріально-правовыя условія для перехода собственности. Когда же послѣднія отсутствуютъ, мы будемъ имѣть дуплицитетъ собственности. Книжный собственникъ получитъ тогда лишь книжную легитимацію собственника; но за прежнимъ собственникомъ останется внѣ-книжная собственность. И онъ можетъ осуществить таковую какъ противъ книжнаго собственника, такъ и противъ его преемниковъ, насколько послѣдніе не защищаются публичнымъ довѣріемъ книги. Равно и въ отношеніи 3-хъ лицъ онъ имѣетъ всѣ исковыя права собственника [2]). Переходъ собственности датируетъ по уложенію съ момента записи.

Наконецъ, по Уложенію, вслѣдъ за закономъ 1872 г., договоръ, которымъ сторона обязуется передать собственность на недвижимость, подлежитъ судебному или нотаріальному совершенію; но если договоръ заключенъ и безъ такой формы, онъ будетъ дѣйствителенъ во всемъ, разъ только будутъ выполнены Auflassung и запись [3]).

IV. Отчужденіе недвижимости по частямъ Уложеніе предоставляетъ регламентаціи мѣстныхъ правъ, чѣмъ и оставляетъ безъ разрѣшенія труднѣйшій на практикѣ вопросъ [4]).

V. Уложеніе смягчаетъ положеніе лица, которое получило владѣніе отъ книжнаго собственника, хотя и не совершило Auflassung и не записало своего пріобрѣтенія. Такой владѣлецъ, по Уложенію, имѣетъ противъ отчуждателя exceptio rei v. et tr. Но все же книжный собственникъ есть собственникъ и можетъ отчудить недвижимость 3-му лицу. Если послѣднее, однако, дѣйствовало злоумышленно, владѣлецъ и противъ него имѣетъ то же возраженіе и даже притязаніе о возстановленіи имѣнья [5]).

VI. Уложеніе не знаетъ болѣе пріобрѣтательной давности. Но оно не знаетъ и категорическаго устраненія давности. Оно вводитъ суррогатъ дав-

---

[1]) Подробности о партикуляризмахъ у Дернбурга III 254.

[2]) Догматическія подробности у Dernburg III 255 и слѣд.

[3]) BGB § 313.

[4]) Einfg. z. BGB. § 120. Cp. Dernburg III 90.

[5]) BGB. § 986, 859; 955. Dernburg III 263, 64.

ности. Когда лицо владѣетъ на правѣ собственности недвижимостью 30 л., оно можетъ путемъ вызывного производства добиваться устраненія книжнаго собственника, когда послѣдній безъ вѣсти пропалъ или умеръ и когда за 30 лѣтъ не послѣдовало никакой записи въ книгѣ, нуждающейся въ соизволеніи книжнаго собственника. Владѣлецъ тогда добивается записи себя и становится собственникомъ. Отъ такого владѣнія не требуется ни титулъ, ни bona f. [1]).

VII. Что касается прочихъ вещныхъ правъ на недвижимости, то намъ, ради краткости, остается только повторить, что Уложеніе, въ принципѣ, подчиняетъ ихъ всецѣло публицитету, устанавливаются они впредь также путемъ вещнаго договора и записи, но этотъ договоръ не называется Auflassung, и передъ вотчиннымъ установленіемъ онъ выступаетъ т. въ случаѣ Superficies, въ прочихъ же случаяхъ выступаетъ только одностороннее соизволеніе управомоченнаго [2]).

§ 90. **Формы реальнаго кредита по уложенію.** Общія замѣчанія.

I. Мы уже отмѣчали выше, что уложеніе усвоило рядъ правовыхъ организацій реальнаго кредита, отчасти въ цѣляхъ удовлетворенія разнымъ практическимъ потребностямъ, отчасти, въ то же время, и въ цѣляхъ установленія преемственности съ партикулярными организаціями, отчасти, наконецъ, въ цѣляхъ опыта съ вновь выдвигаемыми экономической теоріей идеями. Но главные типы, такъ сказать нормальные, уложеніе заимствовало изъ прусскаго права 1872 г., какъ оно установилось на практикѣ.

Именно, уложеніе знаетъ: 1. Внѣоборотовую, обезпечительную ипотеку (Sicherungshypothek) [3]), отвѣчающую римскому праву и выражающую лишь въ зародышѣ черты современной ипотеки. Эта ипотека чисто акцессорная. Она предполагаетъ для своего возникновенія юридически дѣйствительное личное требованіе и падаетъ, съ паденіемъ личнаго требованія. Она не имѣетъ ордернаго свойства и при ней не допускается ипотечное свидѣтельство [4]).

Эта ипотека имѣетъ нѣсколько подвидовъ: a. Она можетъ гласить на опредѣленную сумму, но тогда при ней необходима отмѣтка, что это обезпечительная ипотека. Тутъ ее называютъ „Schlichte H“ [5]).

b. Она неизбѣжно имѣетъ мѣсто тогда, когда устанавливается ипотека для требованій неопредѣленной суммы, такъ что въ книгу вносится только максимумъ. Это будетъ т. наз. кауціонная ипотека или Ultimathypothek [6]).

c. Она же неизбѣжно имѣетъ мѣсто въ обезпеченіе требованій индоссабельныхъ и на предъявителя.

---

[1]) BGB. § 927. Dernburg III 264.

[2]) BGB. § 873 и спец. предписанія.

[3]) BGB. §§ 1184—1190.

[4]) Она родственна гессенскому праву и другимъ, а также и ипотекѣ, предложенной въ 1872 г. прусской палатой господъ.

[5]) Dernburg III 574.

[6]) Eod.

d. Наконецъ, она же возникаетъ и тогда, когда ипотека не покоится на сдѣлкахъ реальнаго кредита, но на законномъ титулѣ или на исполнительномъ приговорѣ суда.

2. Нормальную форму реальнаго кредита образуетъ, по уложенію, оборотовая ипотека, или „обыкновенная ипотека“ [1]). И эта ипотека возникаетъ въ видѣ принадлежности къ личному требованію. Но эта имѣетъ ордерный квалитетъ, и въ рукахъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя она можетъ быть вполнѣ дѣйствительной даже тогда, когда личное требованіе, къ которому она примыкаетъ, не существуетъ. Впрочемъ, по уложенію [2]), требованіе признается существующимъ, хотя бы только ради ипотеки. Такъ что акцессорная природа ипотеки фингируется, вопреки дѣйствительности, т. е. самостоятельности ипотеки.

3. Вотчинный долгъ [3]) представляетъ по уложенію абстрактное обремененіе недвижимости денежной суммой, при чемъ по книгѣ, какъ равно и передъ правомъ, въ принципѣ, это бремя не примыкаетъ ни къ какому личному требованію.

4. Рентный долгъ [4]) уложеніе третируетъ какъ невостребуемый вотчинный долгъ, имѣющій предметомъ періодически повторяющіеся платежи съ участка.

Кромѣ этихъ разновидностей, уложеніе не одинаково организуетъ ипотеку и вотчинный долгъ въ зависимости отъ того, имѣетъ или не имѣетъ мѣсто при установленіи ихъ выдача ипотечнаго и вотчинно-долгового свидѣтельства. Отсюда мы имѣемъ книжную ипотеку и книжный вотчинный долгъ, съ одной стороны, и таковые же—со свидѣтельствомъ, съ другой стороны. Только обезпечительная ипотека никогда не связывается со свидѣтельствомъ. При прочихъ организаціяхъ свидѣтельство представляетъ правило. Отказъ отъ него—исключеніе, требующее особаго волеизъявленія сторонъ. Отсюда получаются подвиды оборотовой ипотеки, вотчиннаго долга и рентнаго долга [5]).

Эти различныя организаціи не являются, по уложенію, равноцѣнными. Особенно обезпечительная ипотека выступаетъ въ уложеніи какъ ипотека второго сорта. Требованіе, для котораго такая ипотека установлена, не признается годнымъ для Sicherheitsleistung [6]). Отсюда Дернбургъ дѣлаетъ предположеніе, что, вѣроятно, это будетъ отклонять партикулярныя права отъ удержанія такой организаціи, какъ нормальной, гдѣ она является пока таковой [7]).

---

1) BGB. § 1186.

2) BGB. 1138.

3) § 1191.

4) § 1199.

5) Дернбургъ, III 575, третируетъ какъ особыя образованія—ипотеку и в. д. собственника, также солидарную ипотеку и в. д.

6) BGB. § 238 п. 2.

7) III 576.

II. Какъ ни различны указанныя организаціи, правовая сущность всѣхъ ихъ одинакова.

1. Залогъ вездѣ тамъ третируется уложеніемъ, какъ вещное право на недвижимость; и прежнія сомнѣнія насчетъ того, не есть-ли современный залогъ только реальное обязательство, только долгъ владѣльца недвижимости, устраняются уложеніемъ. Лишь содержаніе залога особенно отъ содержанія другихъ вещныхъ правъ, и именно въ томъ отношеніи, что въ то время, какъ тѣ права даютъ субъекту ихъ выгоды изъ физическихъ свойствъ вещи, залогъ поражаетъ цѣновую сторону вещи или ея доходовъ (такъ что юридическое свойство ипотеки—въ притязаніи) [1]). Залоговое бремя имѣетъ содержаніемъ то, что изъ недвижимости подлежитъ уплатѣ опредѣленная денежная сумма,—будетъ ли то ипотека, или вотчинный долгъ. Различіе послѣднихъ заключается не въ этой общей сущности, а въ отношеніи ихъ къ личному требованію [2]).

„Но, конечно, удовлетвореніе изъ недвижимости есть только образное выраженіе, такъ какъ въ точномъ смыслѣ нельзя достать изъ недвижимости денежную сумму. Смыслъ выраженія—въ томъ, что управомоченный, кредиторъ, имѣетъ полномочіе добиться удовлетворенія путемъ экзекуціи на недвижимость“ [3]).

Такимъ образомъ, въ самой формулировкѣ Уложеніе открыто устраняетъ всякія сомнѣнія о природѣ ипотеки и вотчиннаго долга. Ипотека и вотчинный домъ Уложенія суть строго вещныя права, поражающія только недвижимость въ ея цѣновомъ моментѣ, и не создающія никакой обязанности къ положительному дѣйствію на сторонѣ собственника недвижимости. Со вступленіемъ Уложенія въ дѣйствіе, въ Германіи не остается болѣе нормы права, на которой могли бы самые восторженные германисты построить свою Realobligation [4]). Но самостоятельность ипотеки Уложеніе проводитъ во всей той мѣрѣ, въ какой это нужно для интересовъ оборота: вотчинный долгъ вполнѣ самостоятеленъ, оборотовая ипотека только для практиче-

---

[1]) Dernburg, III 576.

[2]) BGB. § 1113: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Hypothek“). § 1191: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Grundschuld“)...

[3]) § 1147: „Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung“. Schwind осуждаетъ формулировку Уложенія, гл. VIII. За то послѣдняя устраняетъ сомнѣнія о природѣ ипотеки.

[4]) Изъ очерка прусскаго закона 1872 г. мы уже знаемъ, что юристы, по изданіи уложенія, отказались конструировать современную ипотеку какъ Realobligation, и перешли къ иной ея конструкціи, вовсе не посягающей на правовой разумъ новыхъ ипотечныхъ законовъ. Здѣсь укажу, кромѣ Dernburg III, 577 и 610 и Schwind, введеніе, гл. VIII и друг., еще на Mittelstein, 182 и Oberneck, 27. Послѣдній требуетъ исправленія формулировки судебныхъ приговоровъ по ипотечнымъ искамъ.

скихъ удобствъ по фикціи признается акцессорной, безъ ущерба оборотоспособности, и даже къ выгодѣ послѣдней, такъ какъ организація ея въ Уложеніи облегчаетъ кредитору трудное дѣло осуществленія своего права. Обезпечительная ипотека акцессорна, такъ какъ по существу должна быть такою.

2. Наконецъ, всюду залогъ есть право на вещь, а не долю цѣны вещи, что доказывается не только выраженіями Уложенія [1]), но и тѣмъ, что ипотека мыслима и такая, что она превышаетъ завѣдомо самую высокую оцѣнку вещи [2]).

III. Изъ единства правовой сущности и изъ того обстоятельства, что свойства предшествующихъ ипотекъ безразличны для послѣдующихъ кредиторовъ, такъ какъ послѣдніе все равно не повышаются въ рангѣ съ погашеніемъ предшествующихъ ипотекъ, въ которыхъ вступаетъ тогда собственникъ (относительная Locus-Theorie), Уложеніе выводитъ широкое начало превращенія одной организаціи въ другую: Sicherungs-Hypothek — въ обыкновенную ипотеку и обратно [3]), ипотеки — той и другой — въ вотчинный долгъ [4]); далѣе, рентнаго долга—въ простой вотчинный долгъ или ипотеку и обратно [5]); наконецъ, кредитной ипотеки—въ ипотеку собственника или в.-д. собственника и обратно.

Допускается и то, что ипотека остается, но требованіе, къ которому она примыкаетъ, мѣняется; это допускается по соглашенію между собственникомъ и кредиторомъ [6]); допускается далѣе, что, съ согласія прежняго кредитора, вступаетъ новый кредиторъ [7]). Ipso jure имѣетъ мѣсто переходъ ипотеки къ требованію о возмѣщеніи ущерба, каковое требованіе личный должникъ пріобрѣтаетъ съ уплатой ипотечнаго долга противъ вотчиннаго собственника [8]).

IV. *Ипотека съ ипотечнымъ свидѣтельствомъ.* I. Первая комиссія, въ цѣляхъ единообразія организаціи установленія вещныхъ правъ, отправлялась отъ идеи, что за норму нужно признать книжную ипотеку и, по желанію сторонъ, нужно допустить выправку свидѣтельства.

Но вторая комиссія, отправляясь отъ опыта Пруссіи, гдѣ ипотека со свидѣтельствомъ господствовала, за норму приняла таковую. Но допустила и отказъ отъ свидѣтельства, путемъ соглашенія сторонъ и подлежащей отмѣтки въ книгѣ. Наконецъ, допустила отказъ отъ отказа [9]).

---

[1]) BGB. § 1113, 1191.
[2]) Dernburg III 578.
[3]) § 1186.
[4]) § 1198, см. Dernburg III 579.
[5]) § 1203.
[6]) § 1180, п. 1.
[7]) § 1180, п. 2.
[8]) § 1164.
[9]) Отсюда BGB. 1116.

Тѣ же начала Уложеніе усвоило и для вотчиннаго долга [1]). Лишь для обезпечительной ипотеки свидѣтельство не допускается вовсе [2]).

II. Особенности ипотеки со свидѣтельствомъ. Послѣднее, по записи ипотеки, вручается собственнику [3]); а если позднѣе выправляется, то вручается кредитору [4]). Но допускается и иное соглашеніе сторонъ, по формѣ [5]).

Кредиторъ пріобрѣтаетъ ипотеку со свидѣтельствомъ лишь тогда, когда свидѣтельство вручается ему во владѣніе на правѣ собственности [6]). Когда кредиторъ владѣетъ свидѣтельствомъ, его владѣніе презюмируется какъ правомѣрное.

До Уложенія не ясно было, какое правоотношеніе мы имѣемъ тамъ, гдѣ ипотека записана, а свидѣтельство еще не передано книжному кредитору. Уложеніе точно предписываетъ, что, до врученія свидѣтельства кредитору, ипотека принадлежитъ собственнику [7]). И послѣдній имѣетъ всѣ права собственника-ипотекарія. Онъ можетъ односторонне погасить ипотеку, записать на свое имя или на имя 3-го лица. Напротивъ, записанный кредиторъ, несмотря на запись, не имѣетъ еще никакихъ правъ кредитора, пока ему не вручено собственникомъ свидѣтельство или пока не состоялось соглашеніе, что кредиторъ можетъ получить свидѣтельство отъ установленія. Если надъ собственникомъ учреждается конкурсъ, кредиторъ не имѣетъ jus separationis. Онъ можетъ развѣ только осуществить притязаніе о выдачѣ ему свидѣтельства. Но если онъ добьется хотя отмѣтки своего притязанія о выдачѣ свидѣтельства до конкурса,—онъ защищается вещно [8]).

Уступка и залогъ поста связывается также со свидѣтельствомъ [9]).

На осуществленіе ипотеки въ порядкѣ иска тутъ опять допускается возраженіе со стороны отвѣтчика, что онъ не представилъ свидѣтельство, или что на свидѣтельствѣ не значится, что оно принадлежитъ истцу [10]).

Востребованіе и т. п. даже со стороны настоящаго кредитора не имѣетъ дѣйствія, если кредиторъ не предъявляетъ такихъ актовъ [11]).

Книга и свидѣтельство должны быть согласны все время. Отсюда, при ипотекѣ со свидѣтельствомъ запись или погашеніе слѣдуютъ только на предъявленіе свидѣтельства [12]).

Только одно свидѣтельство допускается для одного поста, развѣ что старое кассировано или объялено безсильнымъ [13]).

---

[1]) § 1192, п. 1.
[2]) GBO. § 60.
[3]) § 1185.
[4]) GBO. § 60.
[5]) GBO. § 60, 29.
[6]) BGB. § 1117: Eigenbesitz.
[7]) § 1163, п. 2.
[8]) Dernburg III 587.
[9]) 1154, § 1274.
[10]) § 1160, п. 1.
[11]) § 1160, п. 2.
[12]) GBO. § 42.—Исключеніе въ GBO. § 42, 54.
[13]) Dernburg III 588.

Когда свидѣтельство утрачено или уничтожено, оно объявляется безсильнымъ въ порядкѣ вызывного производства [1]). Когда приговоръ вступаетъ въ силу, допускается выдача новаго свидѣтельства [2]).

Относительно формы свидѣтельства уставъ содержитъ лишь самыя общія предписанія, имѣющія, впрочемъ, старую тенденцію упрощенія свидѣтельства въ цѣляхъ легчайшей обозримости ихъ, безъ ущерба дѣлу [3]).

Если имѣется долговой актъ о требованіи, онъ соединяется со свидѣтельствсмъ [4]).

V. *Рангъ ипотекъ и вотчинныхъ долговъ.* I. Общее начало о рангѣ [5]) вещныхъ правъ относится и до нихъ, но оно развивается при нихъ еще особеннымъ образомъ. Въ общемъ, Уложеніе и тутъ стоитъ на старой почвѣ, хотя и не безъ новшествъ. Право всѣхъ ранговъ одинаковое. Оно даетъ тоже принудительное осуществленіе; только осуществленіе послѣдующаго права не затрогиваетъ существованія предшествующаго права. Далѣе, послѣдующій кредиторъ въ правѣ удовлетворить предшествующаго кредитора, когда осуществленіе послѣднимъ своего права грозитъ гибелью праву того. Тогда ипотека достается ему [6]).

II. Но рангъ можетъ быть измѣненъ соотвѣтствующими записями въ книгу.

Прежде всего кредиторъ можетъ измѣнить рангъ принадлежащихъ ему и послѣдовательно другъ за другомъ расположенныхъ постовъ, путемъ отмѣтокъ въ книгѣ, съ согласія собственника [7]). Это возможно и для долей одного поста.

Но важнѣе для оборота измѣненіе ранга путемъ уступки пріоритета, посредствомъ которой одинъ кредиторъ уступаетъ свой рангъ въ пользу другого кредитора, одновременно или послѣ него записываемаго. Это особенно важно въ жизни въ виду того, что рядъ кредитныхъ учрежденій можетъ ссужать только подъ первую ипотеку. Уступка требуетъ соглашенія интерессентовъ и записи въ книгу. Она не вліяетъ на промежуточные посты, а судьба повышающагося поста не зависитъ болѣе отъ судьбы понижающагося поста, мѣсто котораго занимается [8]).

Уложеніе знаетъ и предоставленіе пріоритета при соизволеніи ипотеки, въ силу котораго собственникъ можетъ позднѣе установить ипотеку съ преимущественнымъ рангомъ. Это практически важно, когда пріобрѣтается участокъ подъ выстройку и пріобрѣтатель выговариваетъ пріоритетъ для ссуды

---

1) BGB. § 1162.

2) GBO. § 42.—Частичное свидѣтельство BGB. § 1152, 1145, GBO. § 61, 62.

3) GBO. § 56, 61, 57, 58.

4) GBO. § 58.

5) § 879 BGB. Подробности у D. III 592.

6) § 268 и 1153.

7) BGB. 880.

8) На практикѣ уступка ранга приводитъ къ сложнѣйшимъ и запутаннѣйшимъ положеніямъ. См. у Dernburg III 593. BGB. § 880, § 1164 кое-что вносятъ новаго въ рѣшеніе трудностей, но не разрѣшаютъ послѣднихъ.

на выстройку [1]). Предоставленіе пріоритета имѣетъ вещное дѣйствіе, разъ онъ записанъ при постѣ, долженствующемъ уступить. Пріоритетъ переходитъ на всякаго собственника, даже пріобрѣтателя съ торговъ [2]).

Послѣдующее предоставленіе пріоритета имѣетъ мѣсто и по уложенію для %, когда онъ увеличивается потомъ до 5% [3]).

VI. *Ипотека собственника.* Первый проектъ уложенія слѣдовалъ тутъ еще прусскому праву, допускавшему, какъ мы знаемъ, и погашеніе ипотеки и повышеніе послѣдующихъ кредиторовъ, и притомъ, въ значительномъ числѣ случаевъ (ипотека съ самаго начала недѣйствительна или покрыта инымъ путемъ, кромѣ удовлетворенія или сліянія съ собственностью). Но второй пошелъ дальше, а также и уложеніе.

Послѣднее именно допускаетъ вступленіе собственника при всякаго рода организаціяхъ залога. Собственникъ сукцедируетъ въ ипотекахъ и вотчинныхъ долгахъ. При рентномъ долгѣ онъ сукцедируетъ, конечно, въ откупной суммѣ [4]).

Даже въ обезпечительной ипотекѣ допускается это [5]), и, притомъ, въ полной суммѣ [6]). То же и при условной ипотекѣ и даже отмѣченномъ постѣ [7]).

Но сукцессія относится только до капитальнаго долга, а не придатковъ, такъ какъ послѣдніе не представляютъ длительнаго обремененія [8]).

Переходъ поста на собственника совершается ipso jure, при наличности условій. Такъ что, съ наступленіемъ послѣднихъ, книга, гласящая на кредитора, становится неправильной. И собственникъ можетъ требовать соизволенія книжнаго кредитора или его преемника на исправленіе книги [9]) и предъявленія свидѣтельства въ вотчинное установленіе [10]). Можетъ и обезпечить свое право на постъ записью протеста [11]).

Ипотека собственника вовсе не предполагаетъ перехода личнаго требованія, для котораго ипотека записана. Часто она переходитъ на собственника безъ требованія; но часто же собственникъ получаетъ вмѣстѣ съ ипотекой и личное требованіе. Отсюда получается различіе отрѣшенной отъ требованія и снабженной требованіемъ ипотеки собственника.

Первая превращается въ вотчинный долгъ [12]), при чемъ отдѣльные мо-

---

[1]) § 881.

[2]) Крайне серьезные конфликты, имѣющіе мѣсто при этомъ институтѣ въ жизни, см. у Dernburg III 596.

[3]) BGB. § 1119.

[4]) § 1200.

[5]) § 1184, 85.

[6]) § 1163.

[7]) Dernburg III 601.

[8]) § 1178.

[9]) § 894.

[10]) § 896.

[11]) § 899.

[12]) § 1177.

менты, как %-ость и мѣсто уплаты регулируются условіями о личномъ требованіи.

Вторая остается ипотекой, но вытекающія изъ нея права, пока соединененіе съ собственностью остается, третируются по правиламъ о вотчинномъ долгѣ собственника [1]).

Собственникъ можетъ, однако, условиться въ отношеніи другихъ лицъ о погашеніи поста, въ случаѣ соединенія его съ собственностью, и это соглашеніе получитъ вещное дѣйствіе, если будетъ отмѣчено въ книгѣ [2]).

§ 91. Нормальная ипотека Verkehrshypothek.

Уложеніе принимаетъ за норму Verkehrshypothek и въ ея регламентаціи развиваетъ больше всего содержаніе современной ипотеки, упоминая при другихъ видахъ ипотеки, какъ особенныхъ, лишь ихъ особыя черты. Этой системѣ уложенія слѣдуетъ и литература [3]). Ей послѣдуемъ и мы.

I. *Сущность нормальной ипотеки.* Въ различныхъ стадіяхъ обработки права Уложенія взгляды на сущность нормальной ипотеки колебались. Во второй комиссіи высказывались за то, что современное правообразованіе имѣетъ тенденцію къ отрѣшенію ипотеки отъ личнаго требованія и что послѣднему надо придать значеніе только то, что оно служитъ легитимаціей для притязанія объ удовлетвореніи изъ недвижимости. Отсюда другіе выводили, что различія ипотеки и вотчиннаго долга не приходится болѣе искать въ отношеніи ихъ къ личному требованію [4]). Однако, Дернбургъ и Швиндъ основательно усматриваютъ слишкомъ широкимъ и неяснымъ понятіе легитимаціи. Правда, что уложеніе по существу дѣла не установило акцессорной природы оборотовой ипотеки, однако, въ юридическомъ построеніи (Aufbau) оборотовой ипотеки уложеніе удержало акцессорную природу и именно путемъ фикціи. Именно, уложеніе предписываетъ, что нормы о p. f. книги, предписанныя въ отношеніи ипотеки, дѣйствуютъ и въ отношеніи требованія и возраженій собственника, принадлежащихъ послѣднему противъ ипотеки [5]).

Все это не имѣетъ мѣста, когда дѣло идетъ объ отвѣтственности личнаго должника. Но когда вопросъ касается ипотеки, тогда требованіе, къ которому ипотека примыкаетъ, третируется [6]) въ отношеніи 3-го добросовѣстнаго пріобрѣтателя какъ дѣйствительное, хотя бы оно никогда не возникало или давно угасло.

Конечно, это странно, ибо акцессорное отношеніе только и имѣетъ смыслъ, что ипотека зависитъ отъ требованія въ своемъ существованіи, тогда

---

[1]) § 1177.

[2]) § 1179.—Отдѣльные случаи сукцессіи и ихъ догматическій анализъ см. у Dernburg III 603.

[3]) См. Dernburg III 606 и слѣд. Mittelstein, Das Hyp. R. des bürg. Ges.-B., отчасти Oberneck, Das Hyp. R. des Bürg. G. Buches. Berlin 1897.

[4]) У D. III 607. Oberneck 44 и Schwind, гл. VIII.

[5]) § 1137, 38, въ связи съ § 891—99.

[6]) § 892.

какъ тутъ получается обратное. Все же фикція есть, и она всемогуща. Только на основаніи ея можно было предписать, что уступка ипотеки слѣдуетъ съ уступкой требованія, и что ипотека не можетъ быть передана безъ требованія [1]) (какъ равно и требованіе – безъ ипотеки).

Хотя бы требованіе было ничтожно, напр. лихоимственное, или валюта не выплачена, или подлоги или принужденіе имѣли мѣсто,—все равно оно образуетъ въ силу фикціи юридическую основу уступаемой ипотеки [2]).

Но, не взирая на то, что путемъ фикціи утвердили въ существенномъ отношеніи акцессорную природу ипотеки, все же въ другихъ предписаніяхъ выступаетъ самостоятельность залоговаго долга въ отношеніи личнаго требованія. Такъ, личное требованіе можетъ быть зрѣлымъ, а ипотека — не зрѣлой, а особенно, ипотека можетъ быть зрѣлой раньше, чѣмъ созрѣетъ личное требованіе [3]). Далѣе, залоговый долгъ можетъ имѣть иныя свойства, чѣмъ личное требованіе, когда, напр., кредиторъ имѣетъ право на % за просрочку по ипотечному требованію изъ недвижимости, и когда онъ не имѣетъ того же права по личному требованію [4]).

Собственникъ, по уложенію, не является лично обязаннымъ на уплату ипотечнаго долга, но имѣетъ право удовлетворить кредитора, когда дѣйствіе стало въ отношеніи его зрѣлымъ, или когда личный должникъ управомоченъ на дѣйствіе [5]).

II. *Осуществленіе личной и вещной отвѣтственности.* Принципіально кредитору принадлежитъ какъ личный искъ противъ должника на основаніи личнаго требованія, такъ и вещный искъ противъ собственника заложенной вещи на основаніи залоговаго права.

И уложеніе даетъ кредитору полный выборъ между обоими исками, не взирая на то, одно или разныя лица будутъ личный и ипотечный должникъ. Тутъ уложеніе отнеслось съ невниманіемъ къ оборотовымъ интересамъ и утвердилось на почвѣ полу-романистической, полу-германистической, не допуская ни beneficium excussionis, ни отвѣтственности въ первой линіи залога. Повидимому, цѣль была—облегчить кредитору трудное дѣло осуществленія его права.

Все же уложеніе регулируетъ случай, когда личный должникъ отчуждаетъ заложенную недвижимость въ 3-ьи руки, по-новому, именно со вниманіемъ къ соглашенію, состоявшемуся между отчуждателемъ и пріобрѣтателемъ по поводу уплаты ипотечнаго долга.

---

1) § 1153.

2) Dernburg III 608.

3) Это ясно изъ § 1141, п. 1, регулирующаго условія востребованія ипотеки.—Заслуживаетъ вниманія и п. 2, согласно которому востребованіе дѣйствительно, когда направляется противъ книжнаго собственника или судомъ назначеннаго представителя таковаго, если собственникъ отсутствуетъ. Предписаніе вноситъ важныя облегченія въ порядокъ осуществленія ипотеки.

4) § 1146.

5) § 1142.

Именно, когда уплата по ипотечному требованію лежитъ на продавцѣ, а кредитора удовлетворитъ собственникъ-покупатель, тогда требованіе, а съ нимъ и ипотека, переходитъ на покупателя [1]). А когда ипотека была солидарной (Gesammth.), тогда переходъ ипотеки совершается лишь въ отношеніи собственнаго участка покупателя [2]).

Когда же покупатель принялъ записанное требованіе, но прянятіе долга не соизволено кредиторомъ, и продавецъ уплатилъ ипотечный долгъ, тогда послѣднему принадлежитъ право не только требовать возмѣщенія ущерба, но и ипотека, записанная для уплаченнаго долга, переходитъ на него и соединяется съ требованіемъ о возмѣщеніи ущерба противъ собственника или его предшественниковъ [3]).

Въ пользу личнаго должника, управомоченнаго на требованіе возмѣщенія ущерба отъ собственника, по случаю удовлетворенія кредитора, въ частности, въ пользу продавца, когда покупатель принялъ долгъ въ счетъ цѣны за недвижимость, и когда кредиторъ не соизволилъ на принятіе долга, уложеніе устанавливаетъ еще особое предписаніе [4]). Им. кредиторъ, осуществляющій принудительное отчужденіе, благоволитъ немедленно извѣщать его, чтобы должникъ могъ воздѣйствовать на наиболѣе благопріятный исходъ экзекуціи или даже своевременно удовлетворить кредитора и этимъ вызвать переходъ ипотеки на свое притязаніе о́ возмѣщеніи ущерба.

Если извѣщеніе не состоится, личный должникъ пріобрѣтаетъ разрушительное возраженіе на требованіе кредитора—по поводу недобора при принудительномъ отчужденіи,—насколько должникъ терпитъ ущербъ отъ упущенія съ извѣщеніемъ. Возраженіе отпадаетъ, когда оповѣщеніе фактически было безуспѣшнымъ, вслѣдствіе неизвѣстности жительства должника или отдаленности жительства и т. п. [5]).

III. *Возникновеніе оборотовой ипотеки.* Эта ипотека образуетъ, по идеѣ Уложенія, неизмѣнно сдѣлку реальнаго кредита. Всѣ другіе титулы приводятъ лишь къ обезпечительной ипотекѣ.

Для своего возникновенія, оборотовая ипотека требуетъ, согласно Уложенія (§ 873):

a) соглашенія собственника недвижимости и ипотечнаго кредитора объ установленіи ипотеки и b) записи.

---

[1]) § 1143.

[2]) § 1173.—Переходъ не можетъ послѣдовать къ ущербу кредитора, получающаго уплату, напр. къ ущербу принадлежащаго ему задолженнымъ излишка ипотечнаго долга. Возраженія продавца изъ правоотношенія его съ покупателемъ остаются незатронутыми. § 774, 1143.

[3]) § 1164, п. 1, п. 1°.—Когда личному должнику слѣдуетъ возмѣстить ущербъ лишь отчасти, тогда собственникъ не можетъ осуществить ипотеку въ ущербъ ипотекѣ должника. § 1164, п. 1, п.° 2. Съ удовлетвореніемъ кредитора уравнивается случай, когда требованіе и долгъ соединяются въ одномъ лицѣ личнаго должника, если черезъ то прекращается требованіе. § 1164, п. 2.

[4]) § 1166.

[5]) § 1166.

a) Соглашеніе можетъ быть и безформеннымъ; оно можетъ какъ предшествовать записи, такъ и слѣдовать за послѣдней, что особенно стало возможнымъ въ виду господствующаго въ формальномъ правѣ уложенія принципа консенза. Часто соглашеніе заключается уже во врученіи и принятіи ипотечнаго свидѣтельства.

b) Запись требуетъ направленнаго въ вотчинное установленіе соизволенія собственника недвижимости или вошедшаго въ законную силу судебнаго приговора, осуждающаго собственника на выраженіе соизволенія о записи ипотеки. Сверхъ того требуется еще просьба кредитора или собственника о записи [1]).

Не служитъ условіемъ записи то, чтобы соизволяющій уже во время дачи соизволенія былъ собственникомъ, какъ это особенно выдвигалось для прусскаго права. Скорѣе же достаточно, по Уложенію [2]), чтобы соизволяющій запись ипотеки пріобрѣлъ недвижимость хотя бы и послѣ соизволенія или чтобы ему наслѣдовалъ собственникъ, если только наслѣдованіе не ограничено въ отношеніи отвѣтственности за долги наслѣдства.

До Уложенія былъ спорнымъ вопросъ о томъ, дѣйствуетъ ли ипотека противъ конкурсныхъ кредиторовъ, когда просьба о записи предъявлена до открытія конкурса надъ имуществомъ собственника недвижимости, но запись самая совершена уже по открытіи конкурса. Уложеніе рѣшаетъ вопросъ въ томъ смыслѣ [3]), что волеизъвленіе о записи ипотеки не становится недѣйствительнымъ оттого, что давшій его становится ограниченнымъ въ способности распоряжаться недвижимостью послѣ того, какъ волеизъявленіе его стало для него обязательнымъ и просьба о записи предъявлена въ вотчинное установленіе [4]).

Запись ипотеки содержитъ: a) указаніе на требованіе, для котораго ипотека устанавливается, и на основаніе требованія (Schuldgrund). Требованіе возможно и будущее, и условное; b) указаніе кредитора. Но уложеніе не настаиваетъ на томъ, чтобы запись гласила на имя опредѣленнаго кредитора. Требуется лишь, чтобы не возникло сомнѣній въ тождествѣ кредитора; но допустимо и обозначеніе кредитора путемъ указанія такихъ свойствъ, которыя одному ему свойственны, если практическая потребность того требуетъ, напр. „наслѣдство“, „наслѣдники“, „душеприказчикъ“, „конкурсная масса“. c) Необходимо и указаніе денежной суммы требованія. d) Ипотека простирается и на договоренный процентъ, когда онъ записанъ. e) Другія побочныя дѣйствія, чтобы получить ипотечную обезпеченность, должны быть также записаны [5]).

---

[1]) GBO. § 13.

[2]) § 185, п. 2.

[3]) § 878 ср. 873.

[4]) То же относится до случая заявленія объ отказѣ или измѣненіи содержанія права. § 875, 877.

[5]) § 1113, 1115 ср. Dernburg III 615.

Въ остальномъ свойства требованія могутъ быть указаны въ соизволеніи на запись [1]). Когда ипотека записывается въ обезпеченіе ссуды изъ банка, допускается ссылка на уставъ банка въ отношеніи разнаго рода побочныхъ дѣйствій, сопровождающихъ ипотеку [2]).

IV. *Содержаніе обремененія* регулируется уложеніемъ въ старомъ духѣ. Недвижимость отвѣчаетъ, по уложенію, за записанное капитальное требованіе, за записанные %-ы, за другія записанныя побочныя дѣйствія.

Безъ записи, недвижимость отвѣчаетъ за законный % съ записаннаго требованія [3]), за издержки востребованія и осуществленія права, цѣлящагося на удовлетвореніе изъ недвижимости [4]).

V. *Предметъ ипотеки* въ общемъ регулируется въ старомъ духѣ, лишь съ нѣкоторыми ничтожными особенностями.

Могутъ быть обременяемы ипотекой всѣ тѣ недвижимости, которыя имѣютъ въ вотчинной книгѣ листъ [5]). По правилу, ипотека поражаетъ субстанцію недвижимости и только для леновъ и фидеикоммиссовъ уложеніе, по-прежнему, допускаетъ ипотеку доходовъ и пользованія (Revenüenhyp.). По правилу же недвижимость обременяется ипотекой въ цѣломъ; но допускается уложеніемъ обремененіе идеальныхъ долей, когда послѣднія составляютъ доли сособственности [6]). Но ипотека на реальныя доли недвижимости не допускается [7]).

Ипотека простирается на всѣ тѣлесныя составныя доли недвижимости, безъ различія, будутъ ли это существенныя или несущественныя доли. Отдѣленныя отъ цѣлаго доли остаются обремененными ипотекой; присоединенныя доли къ обремененной недвижимости подвергаются ипотечному бремени увеличиваемой ими недвижимости; ипотека поражаетъ и то, что созидается на недвижимости, кромѣ только того, что имѣетъ преходящую цѣль или соединяется съ почвой въ цѣляхъ осуществленія права. Ипотека поражаетъ и субъективно-вещныя права, связанныя съ заложеннымъ имѣньемъ [8]).

Ипотека поражаетъ своеобразно и движимыя принадлежности имѣнья, плоды и страховое вознагражденіе,—какъ элементы сложнаго хозяйственнаго механизма недвижимаго имѣнья, только, по понятнымъ причинамъ, для этого требуется со стороны кредитора особая воля, осуществляемая путемъ судебнаго запрещенія, ибо оборотъ хозяйственной дѣятельности имѣнья, какъ и

---

1) Eod.

2) § 1115, п. 2: ради краткости.

3) § 1118.

4) Dernburg III 616. Равно—за издержки принудительнаго осуществленія залога. Но издержки по взысканію личнаго требованія не относятся сюда, такъ какъ это взысканіе не существенно для осуществленія ипотеки изъ недвижимости. Dernburg III 616, 617.

5) Перечень ихъ у Dernburg III 617.

6) § 1114.

7) Ср. Dernburg III 618.

8) § 890, п. 2, 1131, 96. Подробности у Dernburg III 618.

интересы 3-хъ лицъ не терпятъ, чтобы отдѣляемыя движимости и въ 3-хъ рукахъ оставались пораженными залоговымъ бременемъ [1]).

VI. *Солидарная ипотека* (Gesammthyp.), несмотря на ея неудобства, усвоена была и уложеніемъ, съ нѣкоторыми особенностями, смягчающими вытекающія изъ нея затрудненія [2]).

VII. *Передача ипотеки.* Уложеніе исходитъ тутъ изъ начала акцессорной природы ипотеки. Ипотека переходитъ на новаго кредитора съ переходомъ требованія [3]). Это начало относится и къ тѣмъ случаямъ, гдѣ личное требованіе вовсе и не возникало или уже прекратилось, но гдѣ ипотека въ силу ея ордернаго свойства дѣйствуетъ въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя,—ибо для ипотеки записанное личное требованіе разсматривается тутъ какъ существующее [4]).

Отсюда уложеніе устанавливаетъ и болѣе общее начало. Ни требованіе безъ ипотеки, ни ипотека безъ требованія не могутъ быть переданы [5]). Но кредиторъ можетъ отказаться отъ ипотеки, которая тогда отходитъ собственнику недвижимости [6]),—и передать далѣе уже одно требованіе безъ ипотеки. Съ другой же стороны, съ согласія собственника, кредиторъ можетъ превратить ипотеку въ вотчинный долгъ [7]). И тогда требованіе и вотчинный долгъ могутъ принадлежать разнымъ лицамъ.

Вообще, передача обезпеченнаго ипотекой требованія регулируется общими правилами о передачѣ требованій [8]), но уложеніе связываетъ переходъ такого требованія и особой формой [9]). При чемъ, безъ соблюденія послѣдней, требованіе не переходитъ и настолько, чтобы создать чисто личную отвѣтственность должника передъ цессіонаріемъ.

Форма перехода различна при оборотовой ипотекѣ со свидѣтельствомъ и безъ таковаго (Briefhyp. и Buchhyp.).

При ипотекѣ со свидѣтельствомъ необходимо волеизъявленіе цедента объ уступкѣ ипотеки въ письменной формѣ. Но принятіе волеизъявленія, тоже необходимое для перехода требованія, можетъ быть и безформеннымъ. Обыкновенно оно заключается въ принятіи волеизъявленія и ипотечнаго свидѣтельства.

Законъ не требуетъ для перехода требованія и ипотеки того, чтобы волеизъявленіе было оффиціально удостовѣрено. Но все же цессіонарій получаетъ полное право кредитора лишь съ оффиціальнымъ удостовѣреніемъ волеизъявленія объ уступкѣ ипотеки, ибо для осуществленія ипотеки, осо-

---

1) Подробности у Dernburg III 618 и слѣд.—BGB. § 1120 и слѣд.
2) См. Dernburg III 625 и слѣд.
3) § 1153.
4) § 1138 и 892.
5) § 1153, п. 2.
6) § 1168.
7) § 1198.
8) § 398.
9) § 1154.

бенно для востребованія противъ собственника недвижимости, требуется оффиціально удостовѣренное заявленіе объ уступкѣ [1]). Отсюда, цедентъ благоволитъ допустить такое удостовѣреніе, если того требуетъ цессіонарій [2]).

Требуется и передача ипотечнаго свидѣтельства пріобрѣтателю поста или замѣна таковой передачи [3]).

Письменное заявленіе о передачѣ можетъ быть замѣнено записью уступки ипотеки въ вотчинную книгу. Для этого требуется предъявленіе ипотечнаго свидѣтельства [4]), и новый кредиторъ отмѣчается на ипотечномъ письмѣ [5]). Въ силу записи и владѣнія свидѣтельствомъ пріобрѣтатель становится легитимированнымъ на ипотеку.

При книжной ипотекѣ уступка послѣдней слѣдуетъ на основаніи общихъ предписаній объ установленіи правъ на недвижимости[6]), т. е. путемъ записи цессіи въ вотчинную книгу и соглашенія сторонъ, предшествующаго или послѣдующаго за записью.

Условіями записи цессіи являются [7]) соизволеніе пассивно заинтересованнаго, слѣд. записаннаго кредитора, и просьба о записи со стороны одного изъ участниковъ цессіи.

VIII. *Защита добросовѣстнаго пріобрѣтателя.* До уложенія тутъ иногда увлекались, давая защиту не только пріобрѣтателю по сдѣлкѣ. но и по исполнительному производству, хотя тутъ уже нѣтъ оборотовой потребности; но далѣе пытались дать защиту и безвозмездному пріобрѣтателю.

Уложеніе, какъ вездѣ, идетъ и тутъ среднимъ путемъ. Оно повторяетъ начало ордернаго квалитета ипотекъ, но не допускаетъ его для обезпечительной ипотеки—Sicherungshyp.

Но уложеніе придало ученію новый юридическій образъ, путемъ слѣдующихъ предписаній.

Что касается ипотеки собственно, то для пріобрѣтателя ипотеки или права на ипотеку по сдѣлкѣ является правильнымъ содержаніе записи [8]); развѣ что въ книгу записано возраженіе на правильность записи или неправильность извѣстна была пріобрѣтателю [9]). Это—по-прежнему.

Но далѣе, тѣ же начала примѣняются къ ипотекѣ и въ отношеніи требованія, ради котораго ипотека записана (такъ что ипотека простираетъ свою защиту и на требованіе), какъ равно и въ отношеніи нѣкоторыхъ возраженій на требованіе, принадлежащихъ собственнику недвижимости [10]).

---

[1]) § 1160—1155.—Только такое заявленіе пользуется p. f. въ интересѣ позднѣйшихъ пріобрѣтателей ипотеки. § 1155.

[2]) § 1154, п. 1.

[3]) § 1154 п. 1.

[4]) § 42 GBO.

[5]) § 62 GBO.

[6]) § 1154, п. 3 съ § 873, 878.

[7]) § 19 GBO.

[8]) § 892.

[9]) § 891—899.

[10]) § 1138 вмѣстѣ съ § 1137 и 770.

Что касается правомочія право-предшественника на отчужденіе или обремененіе ипотеки, то для ипотеки со свидѣтельствомъ и тутъ дѣйствуютъ общія предписанія (§ 891—99) [1], разъ только его кредиторское право явствуетъ изъ сопоставленія ряда оффиціально удостовѣренныхъ волеизъявленій о цессіяхъ вплоть до записаннаго въ книгу кредитора; и тутъ уже защита примѣняется въ такой же мѣрѣ, какъ если бы право-предшественникъ былъ записанъ самъ въ книгу.

Не покрываются publica fide недостатки, усмотрѣнные изъ волеизъявленій о цессіи и изъ ипотечнаго свидѣтельства.

Оффиціально удостовѣренному соизволенію цессіи уподобляется судебное постановленіе о передачѣ требованія и оффиціально удостовѣренное признаніе послѣдовавшей въ силу закона передачи требованія.

Только тотъ, кто пріобрѣтаетъ ипотеку по сдѣлкѣ, защищается, въ предположеніи добросовѣстности; но не тотъ, кто получаетъ ипотеку не по сдѣлкѣ, а въ порядкѣ исполнительнаго производства; но преемники таковаго защищаются. Моментомъ, рѣшающимъ вопросъ о наличности b.-f. пріобрѣтателя, является въ отношеніи правильности ипотеки и требованія—время пріобрѣтенія, слѣд. при ипотекѣ со свидѣтельствомъ—время, даже неудостовѣреннаго оффиціально, заявленія объ уступкѣ и передачи письма; но по вопросу о правѣ право-предшественника b.-f. рѣшается моментомъ офф. удостовѣренія передаточной воли [2]).

Въ принципѣ b. f. служитъ по уложенію какъ возмездному, такъ и безмездному пріобрѣтателю. Но все же безмездный обязанъ возстановленіемъ въ пользу потерпѣвшаго [3]).

Преемники добросовѣстнаго пріобрѣтателя защищаются, хотя бы и при такихъ условіяхъ (знаніе сущности дѣла), при какихъ ихъ предшественникъ не защищался бы.

При книжной ипотекѣ съ самой записью ея уже возникаетъ для ипотечнаго кредитора право отчужденія. А между тѣмъ, въ жизни обыкновенно кредиторъ не выдаетъ должнику валюту до тѣхъ поръ, пока не совершена запись ипотеки. При такомъ положеніи собственникъ можетъ легко пострадать, если кредиторъ не уплатитъ ему валюту. Уже издавна право стремилось найти выходъ изъ затрудненія. Ландрехтъ давалъ собственнику право занести протестъ въ теченіе 38 дней противъ ипотеки, по поводу неполученія валюты. Прусскій законъ 1872 г. устранилъ эту норму, такъ какъ по идеѣ его оборотовый характеръ долженъ былъ имѣть вотчинный долгъ, распоряженіе которымъ кредитору принадлежало только съ полученіемъ вотчинно-долгового свидѣтельства. Кромѣ того, законъ 1872 г. вообще враждебно относится къ институту протестовъ. Но въ другихъ правахъ аналогичная норма дѣйствовала и по существу дѣла она необходима при чисто книжной

---

[1]) § 1155.
[2]) § 1155.
[3]) § 816.

ипотекѣ. И уложеніе усвоило начало, что для записи возраженія по поводу неполученія валюты достаточно просьбы собственника, предъявленной въ теченіе 1 мѣс. по записи ипотеки. И если протестъ будетъ записанъ въ теченіе 1 мѣс., онъ дѣйствуетъ такъ, какъ если бы былъ записанъ уже при самой записи ипотеки, т. е. и противъ 3-хъ лицъ, которыя въ теченіе перваго мѣсяца пріобрѣтутъ постъ или право на него. Если же просьба предъявлена въ теченіе мѣсяца, но запись протеста послѣдовала послѣ, протестъ дѣйствителенъ, но не имѣетъ обратной силы [1]).

При ипотекѣ со свидѣтельствомъ подобная мѣра была ненужной, такъ какъ записанное въ качествѣ кредитора лицо пріобрѣтаетъ право кредитора лишь со врученіемъ ему ипотечнаго свидѣтельства, что легче сочетать съ уплатой валюты. Но тутъ пріобрѣтателю ипотеки грозятъ уже иныя опасности. Им. осмотръ вотчинной книги не обезпечиваетъ его вполнѣ, ибо въ отношеніи его ссылка на условія защиты его какъ 3-го пріобрѣтателя не допускается [2]), какъ скоро неправильность вотчинной книги явствуетъ изъ ипотечнаго свидѣтельства или отмѣтки на послѣднемъ; т. образ. возраженіе о неправильности вотчинной книги, явствующее изъ свидѣтельства или отмѣтки на послѣднемъ, уподобляется по дѣйствію протесту, записанному въ вотчинную книгу. А это требуетъ со стороны кредитора тщательнаго изученія свидѣтельства, нерѣдко очень труднаго.

Но, съ другой стороны, не достаточно и изслѣдованія одного свидѣтельства, такъ какъ послѣднее не защищаетъ пріобрѣтателя ипотеки, если содержаніе вотчинной книги отличается отъ содержанія свидѣтельства. Хотя, правда, въ идеѣ свидѣтельство согласуется съ книгой, и всякая перемѣна содержанія записи отмѣчается и на свидѣтельствѣ,—однако не требуется предъявленія свидѣтельства для записи протеста, когда послѣдній предписывается распоряженіемъ компетентной власти въ случаѣ, когда протестъ покоится на томъ, что ипотека или обезпечиваемое требованіе не существуютъ или подвержены возраженію, или ипотека неправильно записана (§ 42, GBO.). И этой опасности мало помогаетъ начало (§ 62, GBO.), что вотчинное установленіе вызываетъ владѣльца ипотечнаго свидѣтельства къ предъявленію послѣдняго, въ цѣляхъ совершенія позднѣйшей отмѣтки на свидѣтельствѣ о наличности протеста;—ибо часто установленіе не будетъ и знать, кто держатель свидѣтельства, когда послѣднее курсируетъ. Съ надежностью будетъ дѣйствовать только тотъ, кто убѣдится, что ко времени пріобрѣтенія ипотеки со свидѣтельствомъ не было записано и въ вотчинную книгу протестовъ на ипотеку. Ибо протестъ, записанный послѣ перехода ипотеки со свидѣтельствомъ, не дѣйствуетъ противъ пріобрѣтенія ипотеки. А такъ какъ уступка ипотеки слѣдуетъ и путемъ неудостовѣренной цессіи, датированіе которой и не предписывается, то открывается просторъ сомнительнымъ процессамъ [3]).

---

[1]) § 1139.

[2]) § 892, 93 съ 1140.

[3]) О %-ахъ и побочныхъ притязаніяхъ см. Dernburg III 63 6 и слѣд. BGB. §§ 1158, 59.

IX. *Правовое дѣйствіе ипотеки*, въ общемъ, регулируется Уложеніемъ въ старомъ духѣ, хотя и такъ, что Уложеніе способно своей формулировкой разсѣять старыя противорѣчія въ литературѣ по вопросу о природѣ ипотечнаго права.

Кредиторъ, въ силу ипотеки, получаетъ право на извлеченіе цѣнности изъ заложенной недвижимости. Для защиты и осуществленія этого права кредитору принадлежатъ вещные иски какъ на случай опасности, грозящей его интересу отъ поврежденія недвижимости, такъ и для извлеченія изъ недвижимости цѣнности, на что онъ управомоченъ своей ипотекой.

Въ извѣстныхъ рамкахъ Уложеніе предоставляетъ сторонамъ право измѣнять общее отношеніе договора.

Ипотека не даетъ кредитору никакого права владѣнія заложенной недвижимостью, равно никакого права пользованія. Антихреза не имѣетъ по Уложенію вещнагò дѣйствія.

Собственникъ въ правѣ отчуждать обремененную недвижимость въ цѣломъ и по частямъ и обременять ее новыми ипотеками или иного рода бременемъ. И такое право не отмѣнимо и по договору сторонъ [1]).

По зрѣлости ипотеки стороны могутъ установить по договору право кредитора на частное отчужденіе недвижимости, но до зрѣлости требованія такое соглашеніе не имѣетъ силы [2]). Уложеніе допускаетъ и lex commissoria по зрѣлости ипотеки, но не ранѣе [3]).

Когда недвижимость подвергается ухудшенію, тогда, безъ различія того, виновенъ или нѣтъ собственникъ въ ухудшеніи, кредиторъ въ правѣ требовать немедленно удовлетворенія изъ недвижимости, разъ только собственникъ не будетъ готовъ восполнить обезпеченность кредитора [4]).

Когда недвижимости только грозитъ ухудшеніе, кредиторъ въ правѣ принять мѣры къ отклоненію ухудшающихъ событій, если таковыя исходятъ отъ лица [5]).

Но главный ипотечный искъ цѣлится добиться принудительнаго исполненія на участокъ и его принадлежности.

Издавна спорили о редакціи просьбы истца и содержаніи приговора. Дернбургъ, измѣняя свой прежній взглядъ, говоритъ, что римская actio hyp. направлялась на выдачу вещи истцу, „слѣд. на дѣйствіе отвѣтчика“ (?), а при современной ипотекѣ это не нужно, т. к. владѣлецъ заложенной недвижимости не обязанъ ни къ выдачѣ вещи, ни къ уплатѣ. Отсюда, по мнѣнію Дернбурга, при современной ипотекѣ дѣло идетъ только о признаніи права кредитора (Feststellung). Закону отвѣчаетъ прошеніе о томъ, чтобы въ отношеніи отвѣтчика было признано, что ипотечное притязаніе истца на недвижимость подлежитъ осуществленію.

---

1) § 1136.
2) § 1149.
3) § 1149.
4) Подробности въ § 1133—35 и Dernburg III.640 и сл.
5) § 1134—35.

Другіе предлагаютъ разсматривать просьбу исковую такъ, что она цѣлится осудить отвѣтчика терпѣть исполнительное производство на участокъ по поводу записанной суммы (Oberneck. 27). Но, справедливо замѣчаетъ Дернбургъ, вѣдь допущеніе принудительнаго осуществленія не можетъ составить частно-правовую обязанность [1]).

Управомоченъ на искъ книжный кредиторъ или его право-преемникъ. И тутъ различаются книжная ипотека и ипотека со свидѣтельствомъ.

При первой запись истца, какъ кредитора, достаточна, но и необходима. Лишь наслѣдникъ книжнаго кредитора управомоченъ на искъ, даже не будучи записанъ [2]).

При ипотекѣ со свидѣтельствомъ записи истца, какъ кредитора, еще недостаточно, такъ какъ записанный въ качествѣ кредитора получаетъ тутъ права кредитора лишь со врученіемъ свидѣтельства [3]). А, съ другой стороны, онъ можетъ и утратить ипотеку, безъ записи въ книгу, путемъ передачи свидѣтельства. Поэтому, для субстанціаціи иска тутъ требуется, кромѣ ссылки на запись, еще утвержденіе о врученіи свидѣтельства истцу. Но, съ другой стороны, утвержденіе, что истецъ владѣетъ свидѣтельствомъ, достаточно для субстанціаціи иска, т. к. владѣніе свидѣтельствомъ создаетъ презумпцію правильности передачи свидѣтельства.

Собственникъ, въ свою очередь, можетъ требовать предъявленія свидѣтельства и строить возраженіе на непредъявленіи таковаго истцомъ [4]).

Кромѣ того, истецъ долженъ указать и данныя, изъ которыхъ вытекало бы, что онъ есть право-преемникъ записаннаго кредитора. Собственникъ можетъ для этого потребовать предъявленія оффиціально удостовѣренныхъ волеизъявленій объ уступкѣ и т. п. и на непредъявленіи таковыхъ строить возраженія [5]).

Искъ направляется противъ книжнаго собственника заложенной недвижимости или наслѣдниковъ его, ибо только направленный противъ этихъ лицъ исполнимый приговоръ дѣлаетъ возможнымъ принудительное отчужденіе недвижимости [6]).

При осуществленіи права ипотеки книжный собственникъ третируется какъ истинный. Но все же состоявшееся противъ него постановленіе не имѣетъ правовой силы противъ 3-го дѣйствительнаго собственника. И имѣющіяся у послѣдняго возраженія на ипотеку остаются не затронутыми [7]). Но чтобы воспрепятствовать принудительному отчужденію, 3-й собственникъ долженъ осуществить ихъ должнымъ порядкомъ.

---

[1]) Dernburg III 692.—Ипотечному иску открыто и суммарное, сокращенное производство (Urkundenprozess u. Mahnverfahren. CPO. §§ 555, 628, п. 1).

[2]) GBO. § 41.

[3]) § 1117.

[4]) § 1160.

[5]) § 1160.

[6]) Zwangsverst.-Ges. 24 Mz. 1877, § 17.

[7]) § 1148.

Кредиторъ можетъ осуществить ипотечный искъ и противъ простого владѣльца на правѣ собственности. Но этотъ искъ можетъ установить только право на принудительное управленіе [1]).

Особенности оборотовой ипотеки съ наибольшей рельефностью выступаютъ въ регламентаціи возраженій на ипотечный искъ.

Различаются случаи, когда истецъ есть первоначальный кредиторъ или наслѣдникъ таковаго, и случаи, когда истецъ есть сингулярный преемникъ.

Въ первомъ случаѣ противъ истца допускаются всякаго рода возраженія, будутъ-ли послѣднія направляться противъ ипотеки или противъ требованія [2]).

Принципіально, по уложенію, каждому собственнику принадлежатъ возраженія на записанное требованіе, все равно будетъ ли онъ или 3-й личнымъ должникомъ [3]).

Но собственникъ, который не есть и личный должникъ, не можетъ осуществить право оспариванія, принадлежащее только личному должнику какъ таковому, напр. по случаю подлога, принужденія, какъ равно не можетъ предъявить къ зачету встрѣчное требованіе личнаго должника.

Но все же собственникъ имѣетъ [4]) супензивное возраженіе: 1) насколько личный должникъ еще управоченъ оспаривать свой долгъ, 2) насколько онъ имѣетъ встрѣчныя требованія, которыя онъ можетъ зачесть за свой долгъ.

Наконецъ, на пользу собственника установлено начало, что личный должникъ не можетъ своимъ отказомъ лишить собственника недвижимости возраженій.

Совсѣмъ иное положеніе занимаетъ сингулярный преемникъ въ отношеніи возраженій, противостоящихъ его право-предшественнику. Онъ подверженъ возраженіямъ изъ лица своего право-предшественника, насколько таковыя были извѣстны ему или явствовали изъ вотчинной книги или изъ ипотечнаго свидѣтельства [5]). Но все это нужно доказать. А насколько доказательство не удалось, 3-й сингулярный преемникъ третируется какъ добросовѣстный пріобрѣтатель, и онъ защищается publica fide книги противъ возраженій, существующихъ противъ его право-предшественника, при чемъ p. f. простираетъ защиту ради ипотеки и на личное требованіе.

Настолько же онъ защищается и p. f. оффиціально удостовѣренныхъ актовъ перехода ипотеки, когда ипотека—со свидѣтельствомъ.

Все это относится, однако, до главной суммы, а не %-го притязанія.

---

[1]) Zw.-versteig.-G. 1897.—Подробности всего у Dernburg III 637 и слѣд.
[2]) § 1137, п. 1, n⁰1.
[3]) § 1137.
[4]) § 770 и 1137.
[5]) § 1157.

По уложенію [1]), противъ пріобрѣтателя требованія имѣютъ дѣйствіе и соглашенія и отношенія, состоявшіяся между цедентомъ и должникомъ послѣ цессіи, но тогда, когда должнику ничего не было извѣстно о цессіи. Но все это не относится до ипотеки даже тогда, когда имѣетъ силу для иска изъ личнаго требованія [2]).

Лишь востребованіе, послѣдовавшее противъ прежняго кредитора со стороны собственника, обязательно для цессіонарія, произошло-ли оно до или послѣ цессіи. Исключеніе представляетъ такой случай, когда цессія была извѣстна во время востребованія востребующему собственнику или была записана въ книгу [3]).

X. *Прекращеніе ипотеки.* Какъ ни казалось бы принципіально послѣдовательнымъ установить, что ипотека прекращается съ погашеніемъ ея записи по книгѣ, соображенія цѣлесообразности подсказали уложенію иное рѣшеніе вопроса. Въ жизни часто ипотека прекращается безъ записи, напр. съ погибелью вещи, особенно при ипотекѣ рудниковъ, когда исчерпывается матеріалъ эксплоатаціи ихъ, съ наступленіемъ резолютивнаго условія, съ удовлетвореніемъ кредитора при солидарной ипотекѣ изъ другой недвижимости: но часто же и запись не можетъ вызвать прекращенія, когда ей недостаетъ правомѣрной основы. Не въ ущербъ правамъ, возникшимъ въ довѣріи къ книгѣ, запись можетъ быть тогда возстановлена.

Отсюда то уложеніе, въ отличіе отъ прусскаго закона 1872 г., § 57, и не признаетъ погашенія за основаніе прекращенія ипотеки. И если погашеніе послѣдовало безъ законнаго основанія, то, по уложенію, можно требовать исправленія вотчинной книги, т. е. новой записи ипотеки, продолжающей существовать, лишь бы это было не въ ущербъ добросовѣстнымъ 3-мъ лицамъ [4]).

По уложенію правильное прекращеніе ипотеки слѣдуетъ въ порядкѣ правовой сдѣлки, которая дѣлается извѣстной по книгѣ изъ погашенія ипотеки.

А сдѣлка состоитъ: 1) въ заявленіи ипотечнаго кредитора о томъ, что онъ прекращаетъ свое право [5]), даваемомъ вотчинному установленію или тому, въ чью пользу заявленіе послѣдовало; 2) для прекращенія ипотеки требуется еще согласіе собственника недвижимости, которое для безповоротнаго дѣйствія своего должно быть совершено передъ вотчиннымъ установленіемъ или кредиторомъ [6]); 3) наконецъ, должно послѣдовать погашеніе по книгѣ, для чего требуется просьба о погашеніи.

Другія основанія погашенія ипотеки производитъ принудительное отчужденіе [7]).

---

[1]) § 406—408.
[2]) § 1156, п 1.
[3]) § 1156.
[4]) § 892.
[5]) § 875.
[6]) § 1183.
[7]) Zw.-verst-Ges. v 1891, BGB. § 1181.

Вниманія заслуживаетъ еще прекращеніе ипотеки въ порядкѣ вызывного производства кредитора. Когда кредиторъ неизвѣстенъ, онъ можетъ быть устраненъ со своей ипотекой при соблюденіи закономъ опредѣленныхъ условій [1]). Дѣло идетъ о 2-хъ случаяхъ. Въ одномъ постъ признается какъ погашенный или путемъ уплаты или инымъ путемъ; въ другомъ случаѣ постъ признается существующимъ, но подлежитъ погашенію путемъ депозита долговой суммы.

Въ обоихъ случаяхъ судъ (rei sitae) удостовѣряется передъ открытіемъ производства въ томъ, что нахожденіе кредитора неизвѣстно [2]) не только просителю, но и власти и т. д.

Но уложеніе и въ первомъ случаѣ, т. е., гдѣ постъ третируется какъ погашенный, уже не требуетъ болѣе утвержденія, что постъ удовлетворенъ. Требуется только: 1) чтобы со времени послѣдней записи, относящейся къ данной ипотекѣ, прошло 10 л., а если требованіе срочное, то срокъ течетъ съ момента наступленія срока востребованія; 2) требуется, чтобы собственникъ не проявилъ за этотъ срокъ признанія права, способомъ, влекущимъ перерывъ давности [3]).

Въ результатѣ исключающаго приговора собственникъ пріобрѣтетъ ипотеку; ипотечное свидѣтельство теряетъ силу [4]). Но личное требованіе кредитора не затрогивается вызывнымъ производствомъ.

Во второмъ случаѣ, когда собственникъ хочетъ погасить ипотеку, но встрѣчаетъ препятствіе въ томъ, что кредиторъ неизвѣстенъ, требуется: 1) доказать, что собственникъ имѣетъ право удовлетворить кредитора или востребовать ипотеку [5]); 2) представить правдоподобіе того, что кредиторъ неизвѣстенъ [6]); 3) быть готовымъ депонировать слѣдуемую кредитору сумму [7]).

Приговоръ издается только по совершеніи депозита. Но постъ переходитъ на того, кто былъ собственникомъ во время изданія исключающаго приговора, хотя бы это было иное лицо, чѣмъ проситель. Ипотечное свительство становится безсильнымъ.

Если кредиторъ не заявится въ теченіе 30 л. за депозитомъ, — послѣдній возвращается депоненту.

§ 92. Особые виды залога недвижимости. Sicherungshypothek.

I. Общія замѣчанія. Обезпечительная ипотека выступаетъ въ уложеніи, какъ строго акцессорная и лишенная ордернаго свойства. Уложеніе опредѣляетъ ее [8]) какъ ипотеку, при которой право кредитора изъ ипотеки опре-

---

1) § 1170, 71.
2) CPO. § 830 aa.
3) § 208.—Подробности догматич. свойства у Dernburg III 648.
4) § 1170.
5) § 1171.
6) CPO. § 836 aa.
7) CPO. § 836 cc.
5) § 1184, п. 1.

дѣляется изъ отношенія личнаго требованія, и кредиторъ не можетъ ссылаться для доказательства требованія на запись ипотеки въ книгу.

Эта ипотека бываетъ какъ договорной, такъ и вынужденной. Первая возникаетъ по особой волѣ сторонъ и записи въ книгу такой, въ которой отмѣчается, что ипотека—обезпечительная [1]).

Вторая имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ законъ допускаетъ ипотеку только какъ обезпечительную.

Договорная обезпечительная ипотека можетъ быть превращена въ обыкновенную ипотеку [2]), съ сохраненіемъ требованія. Вынужденная же ипотека допускаетъ такое превращеніе лишь въ случаѣ, когда лежащее въ основѣ ея требованіе потерпитъ такое измѣненіе, что можетъ служить основой обыкновенной ипотекѣ, напр., требованіе на предъявителя превратится въ именное.

Обезпечительная ипотека образуетъ лишь подвидъ ипотеки и подчиняется началамъ, установленнымъ для послѣдней, насколько особо не установлено для нея спеціальныхъ предписаній.

Спеціально же предписывается уложеніемъ, что при обезпечительной ипотекѣ не имѣетъ мѣста выдача ипотечнаго свидѣтельства; такъ что обезпечительная ипотека является неизмѣнно книжной и уступается перепиской въ книги [3]). Далѣе, къ ней не примѣняются начала о распространеніи p. f. ипотеки на личное требованіе и на нѣкоторыя возраженія собственника [4]). Такимъ образомъ, собственникъ недвижимости можетъ выдвинуть и противъ добросовѣстнаго 3-го пріобрѣтателя обезпечительной ипотеки всякаго рода возраженія, существовавшія ко времени уступки ея противъ требованія [5]).

II. *Необходимыя обез. ипотеки* имѣютъ мѣсто по уложенію въ обезпеченіе бумагъ на предъявителя и индоссабельныхъ; далѣе, такими являются ультиматныя ипотеки, ипотеки въ обезпеченіе исполнительнаго производства по суд. приговорамъ, присуждающимъ лицо къ уплатѣ извѣстной суммы денегъ, и въ случаѣ ареста недвижимости [6]).

Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ уложеніе, слѣдуя болѣе или менѣе прежнему праву, несмотря на раздающіеся упреки въ литературѣ, все же вноситъ то смягченіе, что даетъ суд. приговору и аресту значеніе титула обезпечительной ипотеки, а не оборотовой, какъ прежде было въ ходу.

§ 93. Вотчинный долгъ и рентный долгъ.

I. Вотчинный долгъ уложенія, подобно прусскому праву закона 1872 г., представляетъ собою самостоятельное абстрактное вещное бремя на участокъ въ опредѣленной суммѣ [7]).

---

[1]) § 1184, п. 2.

[2]) § 1186.

[3]) § 1185.

[4]) § 1185 съ 1138 и 1137 и § 891—99.

[5]) § 404.—Детальный очеркъ консеквенцій изъ начала строго акцессорной природы обезпечительной ипотеки, какъ равно и границы консеквенцій, вытекающія изъ публицитета такой ипотеки, хотя относительно дѣйствующаго, см. у Dernburg III 652.

[6]) Догматич. подробности, сюда не относящіяся, см. у Dernburg III 653—662.

[7]) § 1191.

Онъ можетъ приносить и $^0/_0$, и другія побочныя дѣйствія. Но личной отвѣтственности собственника за $^0/_0$-ы, созрѣвающіе во время обладанія имъ недвижимостью, какъ это имѣетъ мѣсто по уложенію при реальныхъ повинностяхъ (§ 1108), не существуетъ по уложенію при вотчинномъ долгѣ.

Кредиторъ можетъ, рядомъ съ вотчиннымъ долгомъ, имѣть и личное требованіе на собственникѣ обремененной вещи или на 3-мъ лицѣ. Но это при немъ не составляетъ необходимости. Кредиторъ можетъ, напр., при ссудѣ удовольствоваться только вотчиннымъ долгомъ. Какъ бы то ни было, но при вотчинномъ долгѣ не принимается въ расчетъ наличность личнаго требованія кредитора на сумму вотчиннаго долга. И при записи в.-д. не принимается въ расчетъ наличность личнаго требованія. И вотчинное установленіе не обязано соединять вотч.-долговое свидѣтельство съ роспиской о личномъ долгѣ. Перемѣны, происшедшія съ личнымъ требованіемъ, стоящимъ рядомъ съ в.-д., не воздѣйствуютъ на в.-д., измѣненія в.-д.—на личное требованіе. Но такъ какъ кредиторъ не можетъ дважды требовать уплаты, то, конечно, уплата по вотчинному долгу гаситъ требованіе, и уплата по требованію отражается на в.-д.

Вотчинный-д. уложенія, въ общемъ, сходный съ прусскимъ, не лишенъ и особенностей.

a) Прусскій в.-д. неизмѣнно былъ снабженъ вотчинно-долговымъ свидѣтельствомъ; имперскій—нѣтъ; при немъ отъ свидѣтельства допускается отказъ. Такъ что имперскій вотчинный долгъ имѣетъ 2 главныхъ формы—книжный в.-д. и в.-д. со свидѣтельствомъ.

b) Прусскій вотчинный долгъ уступается по бланко-цессіи; имперскій—нѣтъ. Но послѣдній можетъ быть установленъ на предъявителя [1]), и тогда в.-д.—свидѣтельство подчиняется началамъ, установленнымъ для бумагъ на предъявителя [2]).

c) Прусскій вотчинный долгъ былъ снабженъ въ принципѣ Zinsquittungsscheine, на практикѣ мало распространенными. Уложеніе этого института не восприняло. Но по уложенію в.-д.—свидѣтельства на предъявителя могутъ быть снабжены, по аналогіи съ бумагами на предъявителя (§ 803), $^0/_0$-ми купонами (Zinsscheine).

По уложенію предписанія объ ипотекѣ относятся и до вотчиннаго долга, насколько иное не вытекаетъ изъ той особенности вотчиннаго долга, что онъ не предполагаетъ личнаго требованія [3]).

Такъ, вотчинный долгъ можетъ быть записанъ на имя самого собственника [4]), для чего требуется только волеизъявленіе собственника, просьба его о записи и запись [5]). Уложеніе считало даже нужнымъ добавить, что собственникъ—вотчинно-долговой кредиторъ не можетъ требовать принудитель-

---

[1]) § 1195.

[2]) Исключая начала § 795, по которому бумаги на предъявителя выпускаются только съ разрѣшенія власти.

[3]) § 1192.

[4]) § 1196,

[5]) Dernburg III 664.

наго осуществленія своего права въ цѣляхъ удовлетворенія себя [1]). Но %-ы слѣдуютъ ему за время принудительнаго управленія имѣньемъ, послѣдовавшаго въ порядкѣ экзекуціи, на требованіе 3-го кредитора [2]).

Предметъ вотчиннаго долга тотъ же, что и при ипотекѣ.

То же относится и къ содержанію и объему обремененія. А такъ какъ в.-д. не предполагаетъ требованія, изъ наличности коего возникаетъ модалитетъ уплаты, то законъ и вноситъ особыя предписанія для вотчиннаго долга:

a) Вотчинный долгъ становится зрѣлымъ, въ случаѣ сомнѣній, вслѣдствіе востребованія, для чего устанавливается 6-мѣсячный срокъ востребованія; послѣднее принадлежитъ какъ собственнику, такъ и кредитору [3]).

b) Мѣсто уплаты, въ сомнительномъ случаѣ, для капитала и % есть мѣсто вотчиннаго установленія [4]).

Уступка вотчиннаго долга слѣдуетъ путемъ переписи въ вотчинной книгѣ. Но вотчинный долгъ со свидѣтельствомъ требуетъ лишь письменнаго заявленія объ уступкѣ и передачи свидѣтельства [5]).

Вещные иски вотчинно-долгового кредита, по существу, тѣ же, что и при ипотекѣ. И возраженія на вотчинный долгъ подчинены общимъ началамъ [6]). Возраженія изъ личнаго долгового отношенія, для котораго вотчинный долгъ установленъ, сами по себѣ не подрываютъ дѣйствительности вотчиннаго долга. Но возможны возраженія о неправомѣрномъ обогащеніи, когда не наступилъ имѣвшійся въ виду при установленіи вотчиннаго долга результатъ, напр., не уплачена сумма, ради врученія коей вотчинный долгъ только и устанавливался [7]). Доказываетъ это собственникъ.

3-й пріобрѣтатель вотчиннаго долга по сдѣлкѣ подверженъ этимъ возраженіямъ только тогда, когда о нихъ записанъ протестъ или когда ему была извѣстна неправильность [8]). Такимъ образомъ, уложеніе сближаетъ вотчинный долгъ съ ипотекой еще больше, чѣмъ это дѣлалъ прусскій законъ 1872 г.

II. *Рентный вотчинный долгъ*, воспринятой Уложеніемъ въ отвѣтъ на теоретическое движеніе экономической мысли, есть такой вотчинный долгъ, при которомъ въ правильно повторяющіеся сроки уплачивается опредѣленная денежная сумма изъ недвижимости [9]).

---

[1]) § 1197.

[2]) § 1047.

[3]) § 1193.

[4]) § 1194.

[5]) § 1154.

[6]) Напр. о лихвѣ (§ 138), о свойствахъ даренія (§ 528), основаніяхъ отозванія дара (§ 530).

[7]) § 812.

[8]) § 892.

[9]) § 1199.

По правиламъ о вотчинномъ долгѣ рентный должникъ отвѣчаетъ только недвижимостью; личное требованіе не принадлежитъ ему и не возникаетъ [1]).

При установленіи рентнаго вотчиннаго долга въ вотчинную книгу заносится откупная сумма [2]). Отдѣльные платежи регулируются началами о % съ ипотекъ, а уплата откупной суммы—предписаніями о вотчинно-долговомъ капиталѣ [3]).

По правилу, кредиторъ не имѣетъ тутъ права востребованія; только въ случаѣ повреждения недвижимости онъ въ правѣ требовать уплаты капитала [4]).

Опозданіе съ уплатой ренты не даетъ кредитору права востребованія; но принудительное отчужденіе участка ему принадлежитъ тутъ, и это можетъ привести къ прекращенію отношенія.

Собственникъ недвижимости имѣетъ право востребованія рентнаго долга. Срокъ востребованія въ сомнительномъ случаѣ—6 мѣсяцевъ. Ограниченіе этого срока востребованія допускается настолько, что собственникъ можетъ востребовать, съ соблюденіемъ 6-мѣс. срока востребованія, лишь по истеченіи 30 лѣтъ. По истеченіи срока востребованія кредиторъ можетъ требовать уплаты откупной суммы изъ недвижимости [5]).

Рентный долгъ можетъ быть превращенъ въ вотчинный и обратно,—для чего требуется соглашеніе кредитора и собственника [6]).

III. Экзекуція на недвижимости характеризуется въ имперскомъ судебномъ уставѣ общей умѣренностью и вниманіемъ къ интересамъ сторонъ и оборота, какъ и все имперское законодательство; рядомъ съ принудительнымъ отчужденіемъ законъ допускаетъ и принудительное управленіе недвижимостью: экзекуція допускается въ умѣренныхъ предѣлахъ и особо на движимости, принадлежащія къ заложенному имѣнью; продажа съ торговъ не затрогиваетъ, въ принципѣ, правъ, старѣйшихъ въ отношеніи того права, въ осуществленіе котораго она послѣдовала; самая продолжительность экзекуціи не характеризуется ни чрезмѣрной поспѣшностью, ни волокитой. О сокращенномъ производствѣ уже говорилось выше [7]).

---

[1]) Уложеніе знаетъ и ренту въ видѣ Reallast. при которой собственникъ отвѣчаетъ за недоимку и лично и которая записывается въ кн. во 2-ую рубрику. § 1108; далѣе къ ней не примѣняются и начала, установленія для ипотеки. Этимъ рента—Reallast отличается отъ рентнаго в. д. D. III 666.

[2]) § 1199.

[3]) § 1200.

[4]) По правилу § 1133.

[5]) Дернбургъ высказываетъ основательное соображеніе, что рентный кредитъ, препятствующій по существу приноровленію помѣщенія капитала къ колебаніямъ ренты въ высотѣ, едва-ли будетъ легко привлекать частные капиталы къ себѣ (III 667). Эта форма кредита будетъ возможна только для кредитныхъ установленій, покоящихся на началѣ взаимности.

[6]) § 1203.

[7]) Законъ 24 мар. 1897 г. Dernburg III 618 и слѣд. Допущеніе особой экзекуціи на движимыя принадлежности стоитъ въ связи съ самостоятельностью вотчиннаго долга. Эта экзекуція явится юридически - естественнымъ способомъ полученія %овъ, при сохраненіи главнаго правоотношенія. Тогда вотчинный долгъ получаетъ всѣ свойства длящагося вещнаго права, хотя сущность его и—въ притязаніи (это противъ Швинда. 130 стр.).

§ 94. Заключенie.

Имперское уложенie представляетъ собою послѣднее слово законодательной и научной юридической мысли нѣмецкаго народа, выдающагося своими духовными силами. Заслуженная оцѣнка его можетъ быть дана лишь долго спустя послѣ нашихъ дней, когда оно станетъ живымъ правомъ и акклиматизируется въ новой имперiи. Но, стоя на принципiальной точкѣ зрѣнiя, нельзя не отмѣтить, что уложенiе, завершившее собою прежнее правообразованiе въ Германiи, рѣзко отличается въ интересующей насъ области отъ французскаго дѣйствующаго права и, притомъ, несомнѣнно въ выгодную сторону. Вотчинно-ипотечный режимъ уложенiя богатъ правовыми идеями, чуждъ римскаго догматизма и отличается всей свѣжестью системы, созданной въ отвѣтъ на новыя, назрѣвающiя въ наше время, жизненныя потребности. Формальное вотчинно-ипотечное право Уложенiя и примыкающихъ къ нему уставовъ цѣлится, на почвѣ началъ, обезпечивающихъ вѣрность оборота, отвѣтить назрѣвающей въ жизни быстротѣ и простотѣ послѣдняго. Матерiальное право уложенiя, сближая новѣйшее правообразованiе съ римскимъ правообразованiемъ во взглядѣ на самую общую сущность института ипотеки, въ то же время придаетъ послѣдней такой конкретный обликъ, который бы отвѣтилъ современнымъ потребностямъ, въ самыхъ рѣзкихъ особенностяхъ послѣднихъ.

Уложенiе сдѣлало многое, чтобы стать безпристрастнымъ въ новѣйшей борьбѣ римскихъ и германскихъ правовыхъ идей. Во многомъ оно приняло сторону послѣднихъ, кое въ чемъ уступило первымъ. Но въ общемъ и цѣломъ оно заботилось не о разрѣшенiи конфликта, а о построенiи наиболѣе практической системы.

Смѣлость общихъ идей уложенiя достигаетъ въ Европѣ высшаго предѣла новизны идей.

Но все же и уложенiе не является выразителемъ крайнихъ современнымъ тенденцiй оборота, такъ какъ почва, на которой оно выросло, все же была исторически связанной цѣлымъ рядомъ узъ, не благопрiятствовавшихъ крайнему проявленiю современныхъ капиталистическихъ тенденцiй.

Поэтому, для очертанiя права, отвѣчающаго чисто и строго капиталистическимъ тенденцiямъ, намъ необходимо еще бросить хотя бѣглый взглядъ на право колонiй.

ОТДѢЛЪ III.

Актъ Торренса.

§ 95. Общiя замѣчанiя.

Мы видѣли, что нигдѣ въ старой Европѣ формализацiя права не достигала торжества надъ матерiальной правовой истиной, какъ то имѣло мѣсто въ ср. вв. Причиной служило, отчасти, рѣшительное влiянiе римскаго права, въ общемъ, олицетворявшаго собою идею метерiальной истины, лишенной

почти всякой формальной оболочки; но отчасти—и чисто бытовыя условія,—именно, относительная обособленность землевладѣнія отъ общаго современнаго строя хозяйства и связанность его разнаго рода соціальными узами, оставшимися отъ прежняго строя. Отсюда, Европа и не знаетъ такой организаціи вотчинно-ипотечнаго режима, которая бы вполнѣ отвѣчала капиталистическому строю хозяйства, поразившему и землевладѣніе [1]).

Для ознакомленія съ чистымъ типомъ режима, отвѣчающаго системѣ кредитнаго хозяйства, намъ нужно заглянуть въ право колоній, гдѣ земля не связана стародавними политическими и соціальными узами, и капиталистическій строй хозяйства охватываетъ землевладѣніе не меньше, чѣмъ товаръ.

Очеркъ колоніальнаго права еще тѣмъ болѣе интересенъ, что, какъ увидимъ потомъ, 1) это право представляетъ собою лишь эманацію германскихъ правовыхъ началъ, 2) оно привлекаетъ къ себѣ уже теперь вниманіе передовыхъ европейскихъ народовъ и обѣщаетъ, современемъ, стать правомъ наиболѣе преуспѣвшихъ въ капиталистическомъ строѣ хозяйства метрополій. Мы говоримъ объ Актѣ Торренса.

§ 96. Исторія Акта Торренса.

Среди рѣзкихъ особенностей гражданскаго строя Англіи, которымъ дивится и которыми поражается человѣкъ съ континента, не послѣднее мѣсто занимаютъ поземельныя отношенія, точнѣе распредѣленіе права собственности на землю въ Англіи. Вся англійская территорія принадлежала въ 1875 г. двумъ стамъ тысячъ земельныхъ собственниковъ. Въ рукахъ такого ничтожнаго круга лицъ движеніе собственности, конечно, замерло. Нація не могла осязать ни потребности въ реформѣ права, регулирующаго движеніе собственности, ни потребности въ улучшеніи ипотечнаго режима,—такъ, какъ ея жизненный пульсъ находился въ сторонѣ отъ землевладѣнія, а преобладающую роль въ ея жизни играли промышленность и торговля; кредитъ же господствовалъ личный [2]). Нѣтъ ничего удивительнаго, что право, регулирующее пріобрѣтеніе собственности, остановилось въ своемъ развитіи, такъ что до послѣдняго времени въ этой области дѣйствовалъ старинный статутъ изъ XIII в., изъ времени царствованія Эдуарда I [3]).

Право собственности въ Англіи до самаго послѣдняго времени устанавливалось совокупностью deeds (купчихъ), относящихся до извѣстной недвижимости. Исходнымъ актомъ, на которомъ покоится право на данную недвижимость, является концессія, соизволенная короной; акты о пріобрѣтеніи

---

[1]) А въ послѣднее время на Западѣ замѣчаются даже какъ-будто реакціонныя теченія въ сторону докапиталистическаго строя, едва-ли впрочемъ, не временныя и случайныя. См. Соболевъ, Мобилизація земельной собственности въ Германіи. Впрочемъ, не слѣдуетъ преувеличивать значенія реакціи. На эту реакцію можно смотрѣть, скорѣе, какъ на послѣднее сопротивленіе отживающаго строя хозяйства или, въ лучшемъ случаѣ, какъ на слабоватый коррективъ развивающагося строя. По крайней мѣрѣ уложеніе всецѣло проникнуто тенденціями мобилизаціи и общей свободы вотчиннаго оборота.

[2]) Flour de Saint-Genis, цит. соч. 108—109.

[3]) Eod.

собственности осложняются новыми и новыми документами, по мѣрѣ перехода собственности изъ рукъ въ руки. Каждая перемѣна собственника требуетъ новой deed, и акты о пріобрѣтеніи собственности становятся все болѣе и болѣе сложными и дорогими. Для дѣйствія противъ 3-хъ лицъ deeds подлежатъ предъявленію для регистраціи ихъ въ бюро генеральнаго регистратора (установленіе крѣпостныхъ дѣлъ). Всякая перемѣна владѣнія дѣлаетъ необходимымъ кропотливѣйшее изслѣдованіе deeds спеціальными практиками. Послѣдніе дѣлали резюме актовъ о принадлежности собственности и занимались тонкими и кропотливыми поисками въ архивахъ крѣпостныхъ установленій, чтобы убѣдиться въ отсутствіи какихъ-либо и когда-либо совершонныхъ симулированныхъ сдѣлокъ. Добиться точности тутъ не было никакой возможности. И въ наиболѣе благопріятномъ случаѣ покупатель не имѣлъ другой гарантіи дѣйствительности своего пріобрѣтательнаго акта, какъ только слово своего адвоката [1]).

Этотъ порядокъ водворяется постепенно и въ англійскихъ колоніяхъ; и тамъ скоро провѣрка актовъ о принадлежности недвижимости въ собственность стала дѣломъ труднымъ, медленнымъ и дорогимъ. Но если въ метрополіи, гдѣ земля фактически почти была изъята изъ оборота, указанный режимъ еще могъ быть переносимъ, то въ колоніяхъ, гдѣ земля являлась видомъ товара, указанный режимъ долженъ былъ отражаться тяжко на жизни населенія.

И вотъ генеральный регистраторъ колоніи Южной Австраліи, sir (въ то время M.) Rob. Rich. Torrens, которому служебное положеніе давало наилучшее представленіе о недостаткахъ вотчинно-ипотечнаго режима метрополіи, глубоко пораженный чрезмѣрностью бремени, ложившагося отъ недостатковъ режима на австралійскія колоніи, задумалъ проектъ новой системы, которая теперь и получила его славное имя. Торренсъ предложилъ свой проектъ въ 1857 г. въ парламентѣ колоніи Южной Австраліи и послѣ доблестной кампаніи добился того, что убѣдилъ парламентъ въ достоинствахъ своей теоріи. Первый законодательный актъ, въ которомъ система Торренса была призвана къ жизни, былъ законъ отъ 2 іюля 1858 г. для Южной Австраліи. Скоро однако-же опытъ показалъ, что въ системѣ требуются детальныя поправки и измѣненія, довольно многочисленныя. Это и было сдѣлано въ 1861 г. „Real property act“ 7 авг. 1861 г., чаще называемый „Act Torrens“, положилъ уже вполнѣ прочныя основы новой системѣ, которая лишь кое въ чемъ была еще развита закономъ 1878 г. [2]).

Многихъ занимаетъ вопросъ, откуда Торренсъ заимствовалъ идею своего акта? Англичане производятъ идею Акта изъ права залога морскихъ судовъ [3]). Французы видятъ въ ней: одни—воспроизведеніе своихъ средневѣковыхъ организацій, какъ apprоpriance, nantissement и т. п. [4]) другіе—позаимствованіе

---

[1]) Revue Algérienne et Tunisienne de lègislasion et de jurisprudence. Algèr. 1889: Rapport sur l'Act Torrence par sir W. Maxwell, traduction de M. de France, стр. 18, 19.

[2]) Rapport sur l,Act Torrens par sir W. Maxwell, стр. 18—43. Besson, 338 и слѣд.

[3]) Maxwell, цит. соч. стр. 20.

[4]) Besson, 338.

изъ теоріи Decourdemanche, намъ извѣстной [1]); третьи, ссылаясь на признанія самого Торренса, сдѣланныя имъ въ письмѣ къ французскому ученому Yves Guyot, признаютъ идею акта за эманацію германскихъ идей; Торренсъ тамъ заявляетъ, что заимствовалъ идею своего акта изъ традиціонныхъ обычаевъ ганзейскихъ городовъ, особенно Бремена, датирующихъ, какъ мы уже знаемъ, изъ ср. вв. [2]). Всѣ эти предположенія имѣютъ, несомнѣнно, долю истины. Режимъ Акта во многомъ проникнутъ началами средневѣковыхъ германскихъ организацій, и прежде всего абсолютной обезпеченностью пріобрѣтенія правъ на недвижимости, достигаемой путемъ господства формализма надъ матеріальной правовой истиной. Другая черта Акта, именно служеніе его мобилизаціи земельной собственности, отчасти также напоминаетъ право средневѣковыхъ, особенно ганзейскихъ, городовъ, точнѣе бременскія Handvesten; но эта черта могла получить особенно выпуклое выраженіе уже въ новѣйшемъ теченіи юридической мысли. Тутъ акту могъ дать кое-что Décourdemanche.

Но я лично не могу разсѣять въ себѣ еще иного подозрѣнія насчетъ происхожденія акта Торренса. Читая записку авторитетнаго прусскаго юриста Goetze, я находилъ въ ней множество рецептовъ, предложенныхъ авторомъ прусскому министерству по поводу реформы ипотечнаго режима, поразительно совпадающихъ со многими мѣстами акта Торренса. Goetze изучалъ тоже Мекленбургское право, и его проектъ представлялъ дальнѣйшую переработку этого права въ духѣ новѣйшихъ потребностей оборота. Записка Goetze явилась на свѣтъ въ рукописи за 10 лѣтъ до появленія проекта Торренса въ парламентѣ южной Австраліи, именно въ 1846 г., и быстро завоевала популярность. Весьма возможно, что Торренсъ считался и съ нею. Чтобы не повторять здѣсь идей Goetze, я приглашаю читателя сличить данный выше очеркъ идей Goetze съ послѣдующимъ изложеніемъ Акта; здѣсь же укажу лишь на идею страхового фонда, впервые указанную Goetze и осуществленную актомъ, на упрощеніе оффиціальныхъ актовъ, рекомендованное Goetze и проведенное впервые Актомъ, на особо строгую процедуру первоначальнаго подчиненія недвижимости режиму публицитета и упрощеніе всего дальнѣйшаго движенія консолидированныхъ правоотношеній, рекомендованныя Goetze и проведенныя Актомъ, наконецъ на принципъ необязательности столь суроваго режима и начало добровольнаго подчиненія ему со стороны собственниковъ у Goetze и въ Актѣ и т. д., и т. д.

Но и за всѣмъ симъ Актъ носитъ печать самобытности, несомнѣнно обязанный этимъ генію самого творца, особенно что касается мобилизаціоннаго духа Акта. Напримѣръ, Актъ мобилизуетъ самыя вотчинныя книги. Многое, наконецъ, Актъ усвоилъ, конечно, изъ англійскаго права. Таково матеріаль-

[1]) Dain., Le système Torrens, Alger 1885 стр. 73 прим.: Décourdemenche въ 1852 г. предложилъ проэктъ режима для австралійскихъ колоній англійскому правительству; проэктъ формулируетъ идеи автора, высказанныя въ извѣстномъ трудѣ отъ 1830 г. „Du danger" и во многомъ напоминаетъ содержаніе акта Торренса.

[2]) Besson, 338

ное право ипотеки, и едва-ли не англійскимъ духомъ дышатъ широкая дискреціонная власть и высокое положеніе вотчиннаго установленія, хотя и это рекомендовалось Goetze въ его запискѣ.

§ 97. „Real Property Act" 7 авг. 1861 г.[1]) Его вотчинно-ипотечный режимъ. Формальное право.

I. Общая характеристика памятники.

Актъ Торренса отличается рѣзкими особенностями отъ всего того, что ко времени его появленія было извѣстно въ Европѣ въ области вотчинно-ипотечнаго режима, и значительно превосходитъ по смѣлости замысла даже то, что внесли позднѣйшія законодательства, включая и имперское германское уложеніе.

1. Прежде всего Актъ является исчерпывающей вотчинной системой; всѣ до одного возможныя вещныя правоотношенія подчинены имъ публицитету, и всѣ сдѣлки о недвижимости и о правахъ, обременяющихъ недвижимость, подчинены публицитету, въ частности, всѣ основанія перехода правъ, даже законное наслѣдованіе и цессія ипотекъ, подчинены публицитету. Поэтому, въ отношеніи акта Торренса дѣйствуетъ безъ изъятія начало, что чего нѣтъ въ вотчинной книгѣ, того нѣтъ и въ дѣйствительности, и обратно: что есть въ книгѣ, то, и только то, есть и въ дѣйствительности.

Эта полная вотчинная система связана съ точнымъ кадастромъ и даже въ вотчинной книгѣ, какъ и въ вотчинномъ свидѣтельствѣ, недвижимость выступаетъ на обстоятельномъ раскрашенномъ планѣ.

2. Всѣ сдѣлки о недвижимостяхъ основываются по Акту уже на началѣ односторонняго абстрактнаго волеизъявленія управомоченнаго, — односторонняго не только формально, но и матеріально.

3. Проведя до такихъ крайнихъ предѣловъ принципъ консенза, Актъ довелъ и господство формальнаго начала до крайняго предѣла; именно по Акту пріобрѣтеніе права вооружается абсолютной publica fides, защищающей не только 3-го пріобрѣтателя, но и перваго, и исключающей принципіально всякое оспариваніе пріобрѣтенія съ чьей-либо стороны и по какимъ-либо матеріальнымъ основаніямъ, исключая только случая подлога. Отсюда, мате-

---

[1]) При изложеніи Акта Торренса я пользуюсь французскими переводами Акта (одинъ переводъ отпечатанъ въ Ministère des finances. Bulletin de statistique et de legislation comparée. Paris 1885. Juin; другой—у Dain, Le système Torrens, Alger 1885. стр. 73) какъ равно и литературой французской; на это я рѣшился потому, что Актъ разрабатывался во Франціи какъ образецъ для собственно французскаго законодательства, со всей тщательностью, и потому не было основаній сомнѣваться въ надежности переводовъ Акта, тѣмъ болѣе, что Yves Guyot, одинъ изъ переводчиковъ, находился въ живыхъ сношеніяхъ съ самимъ Терренсомъ.

Однако, французы въ своихъ работахъ больше занимаются техникой дѣла въ Актѣ Торренса, чѣмъ изслѣдованіемъ матеріальныхъ правовыхъ началъ.

И мнѣ казалось небезполезнымъ, излагая Актъ, ввести его, какъ одно изъ звеньевъ, вообще въ очеркъ современнаго теченія въ области правообразованія, нами изслѣдуемаго.

Это помогало какъ освѣщенію самаго Акта, такъ и освѣщенію новѣйшихъ европейскихъ законодательствъ.

ріально-потерпѣвшій отсылается Актомъ почти исключительно къ кондикціонному иску.

4. То же начало консенза помогло Акту упростить формы производства, несмотря на ихъ острый характеръ, до крайней степени. При чемъ, актъ возлагаетъ на самыя стороны важнѣйшія и отвѣтственнѣйшія дѣйствія, но и чиновникъ, обязанный довѣряться сторонамъ и свободный даже отъ провѣрки ихъ дѣйствій, вооружается колоссальной дискреціонной властью облекать волеизъявленія сторонъ суровой и могущественной силой формальнаго права.

5. Актъ освобождаетъ чиновника отъ отвѣтственности за дѣйствія свои по службѣ передъ сторонами, а для возмѣщенія ущербовъ, послѣдовавшихъ отъ неправильныхъ дѣйствій чиновника для частныхъ лицъ, и вообще для вознагражденія частныхъ лицъ отъ ущерба, причиняемаго дѣйствіемъ острой организаціи Акта, послѣдній организуетъ особый страховой фондъ, изъ котораго тотъ ущербъ и возмѣщается.

6. Въ виду такого смѣлаго начинанія, Актъ въ большинствѣ колоній является обязательнымъ только для вновь пріобрѣтаемыхъ отъ казны недвижимостей; для частныхъ же недвижимостей, отчужденныхъ казною до вступленія въ силу Акта, послѣдній не обязателенъ, и только воля собственника рѣшаетъ вопросъ о томъ, подчинить или нѣтъ недвижимость дѣйствію Акта (art. 15, 16).

7. Вообще же Актъ носитъ всѣ черты перваго опыта: ни внѣшняя его обработка не является безукоризненной (повторенія, плеоназмы, многословіе), ни система, ни внутреннее строеніе. Основныя его начала проводятся не всегда послѣдовательно, иногда сталкиваются между собою; нѣкоторые капитальные институты вотчиннаго права, особенно ипотека, развиты съ такой элементарностью, которая отбрасываетъ оборотъ назадъ, на нѣсколько столѣтій,—какъ отстало англійское право, которое и является матеріальнымъ правомъ Акта. Нѣтъ сомнѣнія, что это—организація будущаго и будущему предстоитъ много поработать надъ Актомъ.

II. Вотчинное установленіе.

Во всѣхъ колоніяхъ, кромѣ Новой Зеландіи, вотчинное дѣло ввѣряется единому бюро на всю колонію, помѣщающемуся въ столицѣ колоніи.

Во главѣ колоніальнаго бюро стоитъ генеральный регистраторъ, являющійся главнымъ рычагомъ всей машины. Юридическое положеніе его приближается больше къ германскому ипотечному судьѣ, чѣмъ къ французскому хранителю ипотекъ [1]). Кругъ его дѣятельности и правомочій опредѣляется общей задачей, ему ввѣренной, т.-е. успѣшнымъ выполненіемъ формъ, предписанныхъ закономъ [2]), въ цѣляхъ дѣйствія вотчиннаго режима Торренса. Въ цѣляхъ достиженія этой общей задачи, Актъ и вооружаетъ генеральнаго регистратора широкими полномочіями, ставящими этого чиновника въ положеніе, близкое къ положенію ипотечнаго судьи [3]): 1) Такъ, генеральный

---

[1]) Французы, однако, не хотятъ признать его судьею. Besson, 351.

[2]) Art. 4.

[3]) Art. 11.

регистраторъ можетъ потребовать отъ лицъ, вступающихъ въ сношенія съ нимъ въ кругѣ его полномочій по поводу извѣстной недвижимости, предъявленія всякаго рода актовъ, имѣющихся въ рукахъ такихъ лицъ и относящихся до данной недвижимости. 2) Онъ можетъ вызывать къ себѣ въ качествѣ свидѣтелей, подъ угрозой штрафа до 100 ф. ст. на случай неповиновенія, собственниковъ недвижимости и ипотечныхъ кредиторовъ и заставить ихъ сдѣлать заявленія или предъявить акты, относящіеся до недвижимости, о подчиненіи которой Акту ведется дѣло. Въ случаѣ отказа этихъ лицъ представить свѣдѣнія, и если генеральный регистраторъ находитъ послѣднія существенными, онъ можетъ отказать въ производствѣ объ имматрикуляціи недвижимости. 3) Онъ можетъ предложить присягу или потребовать отъ выслушанныхъ имъ лицъ подписки въ чистотѣ и правдивости ихъ показаній. 4) Онъ можетъ, въ виду данныхъ, которыя будутъ казаться ему убѣдительными, и съ согласія аккредитованнаго при немъ юрисконсульта (правщикъ титуловъ), исправить ошибки, допущенныя въ вотчинной книгѣ (реэстръ-метрика) и въ вотчинномъ свидѣтельствѣ (аттестатъ права), а равно и пополнить допущенные тамъ пробѣлы; онъ только заботится о томъ, чтобы погашенныя мѣста могли быть прочтены, равно онъ долженъ отмѣтить дату исправленія и восполненія. Вотчинное свидѣтельство и вотчинная книга, исправленныя и пополненныя такимъ образомъ, имѣютъ такую силу, какъ если-бы вовсе не произошло ошибки или пробѣла. Исключеніе дѣлается только въ отношеніи актовъ о правахъ, записанныхъ въ вотчинную книгу до исправленія или пополненія послѣдней. 5) Онъ можетъ, во имя короны или лица отсутствующаго или недѣеспособнаго, наложить запрещеніе на всякую передачу или на всякое соглашеніе, относящіяся до недвижимости, по предположенію его, принадлежащей коронѣ или недѣеспособному. То же право принадлежитъ генеральному регистратору и тогда, когда онъ усмотритъ, что право 3-го лица страдаетъ отъ неправильнаго размежеванія сосѣдней собственности.

Онъ можетъ, съ одобренія губернатора, внести измѣненія въ формуляры сдѣлокъ, предписанные Актомъ [1]).

Всякій актъ, который представляется исходящимъ отъ генеральнаго регистратора, писанный его рукою или по его приказу, опечатанный его служебной печатью и подписанный имъ или его замѣстителемъ, принимается за доказательство и считается подлиннымъ, пока не доказано противное [2]).

Актъ 1861 г. допускаетъ рядомъ съ генеральнымъ регистраторомъ и въ видѣ ассистента къ нему назначеніе еще особаго спеціалиста, правщика титуловъ, который ассистируетъ регистратору при изслѣдованіи правового положенія недвижимости, необходимомъ въ случаѣ подчиненія недвижимости

---

[1]) Art. 9.

[2]) Art. 7. — Актъ регулируетъ и порядокъ назначенія и смѣщенія регистратора (art. 5), его присягу (art. 6), форму его печати (art. 8), опредѣляетъ кару за поддѣлку печати и подлога исходящихъ отъ регистратора актовъ (art. 10).

дѣйствію акта [1]). Правщикъ титуловъ долженъ быть юрисконсультомъ и не долженъ имѣть никакого интереса, даже косвеннаго, въ разсматриваемомъ имъ дѣлѣ [2]).

Кромѣ того, генеральный регистраторъ выдаетъ дипломы землемѣра на случаи межеванія недвижимостей, подчинененныхъ или имѣющихъ быть подчиненными Акту,—лицамъ, которыя предъявятъ сму свидѣтельство о своей способности къ тому отъ генеральнаго землемѣра. И эти дипломированные землемѣры являются сотрудниками генеральнаго регистратора въ въ томъ отношеніи, что удостовѣряютъ физическое состояніе недвижимости,—аттестуя правильность плановъ на недвижимости, составленныхъ въ цѣляхъ подчиненія послѣдней Акту или въ цѣляхъ разбитія на карты и отчужденія по частямъ уже подчиненныхъ Акту недвижимостей. [3]).

Но на практикѣ въ бюро генеральнаго регистратора спеціализація работъ проводится и еще дальше, такъ что процедура подчиненія недвижимости Акту раздѣляется между многими спеціалистами, расчленялсь на отдѣльныя стадіи и завершаясь тѣмъ съ большей быстротой и надежностью [4]).

Актъ Торренса впервые провозгласилъ начало, что вотчинный чиновникъ не отвѣчаетъ передъ публикой по возмѣщенію ущерба, происшедшаго отъ его неправильныхъ дѣйствій [5]). Передъ потерпѣвшими отъ такихъ дѣйствій какъ и вообще отъ подчиненія недвижимости дѣйствію Акта, лицами, когда послѣднія вслѣдствіе формализма Акта лишаются возможности осуществить виндикацію недвижимости, отвѣчаетъ прежде всего лицо, неправомѣрно обогатившееся отъ такихъ дѣйствій,—въ порядкѣ личнаго иска о возмѣщеніи ущерба [6]). Но въ случаѣ смерти, отсутствія или несостоятельности такого лица, отвѣчаетъ въ указанныхъ случаяхъ особый страховой фондъ, а за недостаткомъ послѣдняго—фондъ колоніи, и только. Искъ направляется во всѣхъ послѣднихъ случаяхъ противъ генеральнаго регистратора, какъ представителя государства [7]).

Страховой фондъ составляется изъ пошлинъ, взимаемыхъ при первоначальномъ подчиненіи недвижемостей Акту и при переходахъ уже имматрикулированныхъ недвижимостей по наслѣдству [8]). Эти пошлины поступаютъ

---

[1]) Art. 12.

[2]) Art. 13.

[3]) Art. 118—120.

[4]) Косвенно art. 141; особенно же Maxwell, 43 и сл., Besson, 341—342, 349—350. —Кстати отмѣтимъ, что актъ придаетъ огромное значеніе высокой матеріальной обезпеченности чиновниковъ, видя въ этомъ средство привлечь къ отвѣтственному дѣлу наиболѣе даровитыхъ и надежныхъ людей. Besson, 350 и др.

[5]) Исключая случая преднамѣренаго совершеяія неправильныхъ дѣйствій, (въ каковомъ случаѣ чиновникъ отвѣчаетъ уже уголовнымъ порядкомъ art. 137).

[6]) Art. 126.—Искъ давнѣетъ втеч. 6 л.

[7]) Art. 137 и 42—И этотъ искъ давнѣетъ втеч. 6 л. Art. 127—Государство само уже потомъ заботится о взысканіи съ неправильно обогатившихся, если это будетъ возможнымъ Fod.

[8]) Art. 41.

въ концѣ концовъ въ кассу колоніальнаго правительства, гдѣ и образуютъ указанный страховой фондъ [1]).

Отвѣтственность страховаго фонда или даже фонда колоніи за дѣйствія чиновника имѣетъ цѣлью внушить публикѣ довѣріе къ организаціи Акта; но Актъ слишкомъ затрудняетъ на практикѣ осуществленіе возмѣщенія ущерба, происходящаго отъ неправильныхъ дѣйствій чиновника тѣмъ, что возлагаетъ на истца бремя доказательства не только факта воспослѣдованія ущерба, но и наличности неосторожности или заблужденія въ дѣйствіяхъ генеральнаго регистратора. Такъ что фондъ остается почти нетронутымъ [2]), а юристы требуютъ облегченія доказательствъ. [3])

III. Вотчинная книга.

Генеральный регистраторъ ведетъ вотчинную книгу (реэстръ—метрику). Для каждаго имѣнія въ вотчинной книгѣ отводится особый folium, такъ что Актъ слѣдуетъ реальной системѣ германскаго типа, въ противоположность личной системѣ французскаго типа. Начало folium и основаніе его полагаетъ вотчинное свидѣтельство (аттестатъ права) или концессія, изготовленныя генеральнымъ регистраторомъ въ результатѣ процедуры первоначальнаго подчиненія недвижимости Акту, въ двухъ экземплярахъ, одинаково признаваемыхъ оригиналами, изъ которыхъ одинъ и вкладывается въ папку измѣнчивой вотчинной книги, тогда какъ другой, съ отмѣткой о внесеніи перваго въ вотчинную книгу, выдается сторонѣ. Вотчинное свидѣтельство (аттестатъ права) представляетъ обстоятельное синоптическое изображеніе какъ физическаго состава имѣнія, такъ и состава всѣхъ юридическихъ отношеній по имѣнію.

Потомъ на образовавшемся такимъ образомъ folium имѣнія заносятся въ экстрактѣ или просто отмѣчаются всѣ послѣдующія сдѣлки о данной недвижимости, акты которыхъ, предъявляемые въ вотчинное установленіе сторонами, въ одномъ оригиналѣ поступаютъ въ архивъ бюро, представляющій вотчинные акты, а въ другомъ, съ отмѣткой о записи ихъ въ реэстръ метрику, возвращаются сторонѣ. [4])

Вотчинная книга Акта Торренса отличается отъ германской и сходится съ французской въ томъ отношеніи, что она ведется въ случайной системѣ, такъ какъ недвижимости подчиняются Акту не всѣ, а лишь тѣ, собственники которыхъ пожелали подчиненія своихъ недвижимостей режиму Акта. Въ виду этого въ практикѣ Акта извѣстны еще субсидіарные реэстры - алфавитный реэстръ собственниковъ и репититорій имматрикулированныхъ имѣній. [5])

Но главное отличіе вотчинной книги Акта отъ германской и французской—въ томъ, что, по мысли Торренса, folium каждаго имѣнія возобновляется съ каждой перемѣной собственника, ибо съ каждой такой перемѣной вот-

---

[1]) Art. 42.
[2]) Besson. 346.
[3]) Besson. 351.
[4]) Maxwell, 39 стр.
[5]) Art. 32, ср. 33, 34, 35 и друг

чинное свидѣтельство (аттестатъ права) возобновляется, причемъ новый аттестатъ ссылается только на первоначальную концессію и на ближайшій къ нему memorandum перехода собственности (memorandum есть одностороннее абстрактное волеизъявленіе наличнаго собственника о передачѣ собственности пріобрѣтателю). Всѣ промежуточные аттестаты исчезаютъ отъ взора публики; они сдаются въ архивъ вотчиннаго установленія. Отсюда ипотечная книга имѣнья всегда краткая и крайне доступная ознакомленію съ нею заинтересованныхъ въ томъ лицъ. [1]) Впрочемъ, на практикѣ, въ виду дороговизны возобновленія вотчиннаго свидѣтельства (аттестатъ права), утвердилось сохраненіе послѣдняго, и только въ Викторіи, по правилу, требуется возобновленіе его. [2])

Характернѣйшую особенность Акта представляетъ мобилизація вотчинной книги. На требованіе имматрикулированнаго собственника генеральный регистраторъ выдаетъ послѣднему выпись изъ вотчинной книги по установленной актомъ формѣ, и эта выпись представляетъ какъ-бы вездѣсущую вотчинную книгу даннаго имѣнья и даетъ собственнику возможность отчуждать свою недвижимость, обременять ипотекой и другими вотчинными правами за предѣлами колоніи. О выдачѣ выписи дѣлается отмѣтка какъ на folium имѣнья, такъ и на спинѣ вотчиннаго свидѣтельства (аттестата права), находящагося на рукахъ собственника. Послѣ выдачи выписи уже никакая запись сдѣлки о недвижимости не допускается въ вотчинную книгу до тѣхъ поръ, пока выпись не будетъ возвращена генеральному регистратору для погашенія, или пока не будетъ достаточно доказанъ фактъ гибели выписи [3]).

Распоряженія недвижимостью по выписи за границами колоніи совершаются по предписаніямъ и въ духѣ Акта; роль генеральнаго регистратора играетъ тогда мѣстный государственный органъ, отправляющій аналогичныя съ генеральнымъ регистраторомъ функціи [4]).

Правовое значеніе выписи въ отношеніи всякаго рода записей о возникновеніи, переходѣ или прекращеніи правъ на недвижимость, совершонныхъ на спинѣ выписи, равно правовому значенію вотчинной книги въ отношеніи совершонныхъ въ послѣднюю записей такого рода.

Когда потомъ выпись возвращается генеральному регистратору, онъ гаситъ ее послѣ того, какъ перенесетъ на folium имѣнья и на вотчинное свидѣтельство, находящееся въ рукахъ собственника, содержаніе выписи, соблюдая строго пріоритетъ правъ, записанныхъ на спинѣ выписи. О возвращеніи выписи дѣлается отмѣтка въ вотчинной книгѣ и на вотчинномъ свидѣтельствѣ, находящемся на рукахъ собственника.

Возвращеніе выписи неизбѣжно тогда, когда собственникъ хочетъ осуществить распоряженіе недвижимостью въ вотчинномъ бюро генеральнаго

---

[1]) Besson. 343.
[2]) Art. 48—50.
[3]) Art. 105.
[4]) Art. 106.

регистратора колоніи по мѣсту нахожденія недвижимости. И тутъ выпись погашается, по выполненіи тѣхъ же мѣропріятій.

Если выпись погибнетъ или подвергнется порчѣ, генеральный регистраторъ, по должномъ изслѣдованіи обстоятельствъ случая, можетъ выдать другой экземпляръ выписи или, смотря по обстоятельствамъ, совершить такія дѣйствія, какъ если бы выпись была ему возвращена [1]).

Кромѣ вотчинной книги Актъ знаетъ еще архивъ вотчиннаго бюро, напоминающій вотчинные акты германскаго права, какъ собраніе актовъ о сдѣлкахъ по недвижимостямъ, но лишенный того значенія, какое принадлежитъ вотчиннымъ актамъ въ Германіи. Именно, въ Германіи эти акты служатъ въ той или иной мѣрѣ дополненіемъ къ вотчинной книгѣ и оправданіемъ ея содержанія; по акту же Торренса, абсолютная publica fides вотчинной книги не терпитъ ни дополненій, ни оправданій, и вотчинные акты тутъ представляютъ лишь дубликатъ актовъ о сдѣлкахъ по недвижимости (вторые дубликаты возвращаются сторонѣ съ отмѣткой объ ихъ имматрикуляціи), нужные развѣ въ рѣдкихъ случаяхъ для провѣрки правомѣрности дѣйствій генеральнаго регистратора да установленія факта подлога и т. п. [2]).

Актъ придаетъ безграничный внѣшній публицитетъ вотчинной книгѣ. Всякое лицо, которое заплатитъ по таксѣ, можетъ осмотрѣть вотчинную книгу, для чего ему отводится достаточное время въ дни и часы, опредѣленные для такихъ осмотровъ генеральнымъ регистраторомъ.

Всякое лицо, уплатившее по таксѣ, получаетъ удостовѣренную генеральнымъ регистраторомъ копію со всякаго акта, записаннаго въ вотчинную книгу и касающагося недвижимости, подчиненной акту. И эти копіи, снабженныя печатью регистратора, служатъ въ судѣ доказательствомъ всего того, что содержится въ подлинникѣ [3]).

Актъ вооружаетъ вотчинную книгу и абсолютнымъ внутреннимъ публицитетомъ, или publica fides, на подобіе средневѣковыхъ вотчинныхъ режимовъ. Какія бы права, какой бы природы и происхожденія третьи лица ни имѣли на недвижимость, послѣдняя все равно въ рукахъ записаннаго собственника остается подверженной только и исключительно тяготамъ, правамъ и сервитутамъ, вытекающимъ изъ записей и отмѣтокъ, совершонныхъ въ вотчинной книгѣ. Въ остальномъ книжный собственникъ, какъ и всякій иной управомоченный, не презюмируются только, а дѣйствительно являются, въ силу записи ихъ въ книгу, истинными управомоченными на право на недвижимость, записанное для нихъ въ книгу (книга вооружается praesumptio juris et de jure). И эта абсолютная publica fides провозглашается актомъ не только въ защиту 3-го пріобрѣтеля, но и въ пользу перваго непосредственнаго пріобрѣтателя правъ на недвижимость. Исключеніе изъ правила дѣлается актомъ лишь для слѣдующихъ случаевъ: 1) въ случаѣ, когда пріобрѣтеніе права по записи опо-

---

1) Art. 106, 107.
2) Art. 35 п. 2.
3) Art. 121.

рочено подлогомъ; 2) въ случаѣ, когда 3-е лицо еще ранѣе пріобрѣло на недвижимость собственность и уже получило вотчинное свидѣтельство или концессію, и когда такое свидѣтельство или концессія уже ранѣе были внесены въ вотчинную книгу; 3) когда маловажныя экономически вещныя права, какъ сервитутъ прохода и т. п., были пропущены въ вотчинной книгѣ и на вотчинномъ свидѣтельствѣ; 4) когда, вслѣдствіе неправильнаго размежеванія, недвижимость изображена въ вотчинной книгѣ и вотчинномъ свидѣтельствѣ въ бо́льшемъ объемѣ, чѣмъ она есть въ дѣйствительности. Въ этихъ случаяхъ допускается виндикація со стороны матеріально управомоченнаго, но и то лишь противъ перваго пріобрѣтателя права на недвижимость. 3-й же пріобрѣтатель, если онъ добросовѣстный, и тутъ вездѣ пользуется абсолютной защитой вотчинной книги [1]).

IV. Производство.

Въ очеркѣ производства намъ необходимо изложить, съ одной стороны, производство при первоначальномъ подчиненіи недвижимости дѣйствію Акта и, съ другой, производство при установленіи вещныхъ правъ на недвижимость, уже подчиненную Акту, такъ какъ характеръ того и другого взаимно объясняются этимъ двойнымъ очеркомъ.

1. Нигдѣ первоначальная имматрикуляція недвижимости не имѣетъ такого рѣшительнаго значенія для судьбы правоотношеній по недвижимости, какъ въ Актѣ, ибо Актъ не допускаетъ противъ книжнаго состоянія правоотношенія уже никакихъ споровъ изъ матеріальнаго основанія. Поэтому и въ Актѣ первоначальная имматрикуляція, какъ рѣшительная для интересовъ всѣхъ вещно-управомоченныхъ, подвергается исключительно суровымъ предварительнымъ испытаніямъ. Въ этой стадіи Актъ знаетъ самый широкій легалитетъ, хотя, въ противоположность германскому праву, Актъ отводитъ и сторонамъ широкое поле дѣйствія.

Просьба объ имматрикуляціи, составленная по указанному Актомъ формуляру или въ соотвѣтствующихъ послѣднему выраженіяхъ, направляется къ генеральному регистратору [2]).

Проситель указываетъ въ своей просьбѣ природу своего права на недвижимость и всѣхъ правъ, принадлежащихъ на нее 3-мъ лицамъ по закону или справедливости. Онъ подписываетъ декларацію, свидѣтельствующую о чистотѣ его показаній, и вручаетъ генеральному регистратору всѣ акты, имѣющіеся у него или въ его распоряженіи и основывающіе или модифицирующіе право его на недвижимость. Равно онъ прилагаетъ и планъ недвижимости. Наконецъ,

---

[1]) Art. 35, 43—46, 109, 47 и др.—Потерпѣвшій имѣетъ тогда, судя по обстоятельствамъ, личный искъ къ неправомѣрно обогатившемуся 1-му пріобрѣтателю или къ страховому фонду.

[2]) Art. 16. Просьба можетъ исходить отъ полнаго собственника, отъ сособственника въ идеальной долѣ лишь съ согласія другихъ сособственниковъ, отъ собственника обремененной ипотекой недвижимости лишь съ согласія кредиторовъ; отъ ипотечнаго кредитора, когда онъ въ правѣ отчудить недвижимость и т. п.

онъ прилагаетъ: 1) экстрактъ изъ актовъ, утверждающихъ его собственное право на недвижимость, удостовѣренный имъ въ отношеніи правдивости данныхъ экстракта, въ каковомъ экстрактѣ даетъ анализъ всѣхъ актовъ о правахъ 3-хъ лицъ, модифицирующихъ его право, по возможности указывая имена и адресы лицъ, облеченныхъ правами, поражающими недвижимость въ силу указанныхъ актовъ, и 2) подписанную декларацію, что врученные имъ акты или обозначенные суть единственные, которые имѣются въ его распоряженіи и относятся до правоотношенія данной недвижимости. Если проситель есть лицо, имѣющее извѣстныя права на недвижимость, кромѣ собственности,—онъ дѣлаетъ объявленіе о нихъ, за своей подписью [1]).

По полученіи просьбы, генеральный регистраторъ передаетъ ее для всесторонняго юридическаго изслѣдованія — юрисконсульту, правщику титуловъ [2]), а для физическаго изслѣдованія, если послѣднее уже не было предпринято раньше,—аттестованному генеральнымъ регистраторомъ землемѣру [3]). Самъ генеральный регистраторъ, какъ мы уже знаемъ, принимаетъ въ соображеніе и интересы фиска, малолѣтнихъ, сосѣдей по имѣнью и т. п.

Въ дальнѣйшемъ производство разнообразится. Если изъ юридическаго изслѣдованія будетъ ясно, что проситель есть прямой и первоначальный концессіонеръ третируемой недвижимости, и что никакой актъ продажи, ипотеки или иной сдѣлки, затрогивающей право просителя на недвижимость, никогда не былъ записанъ (въ прежніе или новые реестры), генеральный регистраторъ безъ дальнѣйшаго имматрикулируетъ недвижимость и выдаетъ просителю аттестатъ его права на недвижимость (вотчинное свидѣтельство), по установленной Актомъ формѣ [4]).

Если изъ изслѣдованія окажется, что недвижимость принадлежитъ дѣйствительно просителю (хотя и не по первоначальной концессіи) и что она не обременена никакой ипотекой или инымъ вещнымъ правомъ, или же и обременена, но ипотечные кредиторы и вещно-управомоченные подписали просьбу и этимъ соизволили подчиненіе недвижимости Акту, генеральный регистраторъ публикуетъ просьбу одинъ разъ въ оффиціальномъ органѣ и три раза хотя въ одномъ неоффиціальномъ журналѣ колоніи. При чемъ онъ назначаетъ срокъ не короче 1 мѣс. и не болѣе 1 года, по истеченіи котораго недвижимость подчиняется режиму Акта, если за это время не будетъ представлено съ чьей-либо стороны возраженій на имматрикуляцію [5]).

Если окажется, что существуютъ ипотеки или иныя тяготы, не погашенныя, что есть управомоченныя на недвижимость лица (иныя, чѣмъ наниматели), которыя не принимали участія при написаніи просьбы о подчиненіи недвижимости Акту, или что предъявленные о правѣ собственности акты не-

---

[1]) Art. 17.

[2]) Art. 18.

[3]) Art. 118 и слѣд. – На практикѣ изслѣдованіе совершается и другими еще лицами. Maxwell, 43, Besson, 341, 342.

[4]) Art. 18 п. 2.

[5]) Art. 19.

полные или неправильные,—юрисконсультъ (правщикъ титуловъ) можетъ вовсе отвергнуть просьбу. Или же онъ можетъ опубликовать просьбу въ оффиціальной газетѣ колоніи, въ лондонской газетѣ и во всѣхъ колоніальныхъ оффиціальныхъ газетахъ Австраліи, столько разъ и черезъ такіе періоды, сколько и какіе будутъ опредѣлены генеральнымъ регистраторомъ. Послѣдній въ правѣ установить срокъ отъ 2-хъ мѣс. и до 3-хъ лѣтъ, считая со времени первой публикаціи, и по истеченіи этого срока недвижимость имматрикулируется, если не послѣдуетъ за это время съ чьей-либо стороны возраженій на имматрикуляцію [1]).

Генеральный регистраторъ можетъ назначить или ex officio или на просьбу просителя еще спеціальныя извѣщенія о предстоящей имматрикуляціи, за счетъ просителя, на имя любого лица, указываемаго въ просьбѣ объ имматрикуляціи какъ интерессента. Онъ хранитъ въ бюро доказательства того, что извѣщенія сдѣланы. Доказательство того, что извѣщеніе было получено лицомъ или что заинтересованное лицо имѣло свѣдѣніе о просьбѣ, имѣетъ послѣдствіемъ для такого лица утрату права иска противъ просителя или страховаго фонда о ревиндикаціи или возмѣщеніи ущерба, иначе допустимаго Актомъ, въ извѣстныхъ границахъ [2]).

Сверхъ всего сказаннаго, генеральный регистраторъ обязуется опубликовать, указаннымъ судомъ способомъ, свѣдѣнія о предметѣ просьбы. Одинъ экземпляръ свѣдѣній, съ картой или планомъ, приложеннымъ къ просьбѣ, онъ благоволитъ помѣстить на видномъ мѣстѣ въ вотчинномъ установленіи, а равно и въ другихъ мѣстахъ, по своему усмотрѣнію. Сверхъ того, генеральный регистраторъ направляетъ особое объявленіе указаннаго рода каждому лицу, которое, судя по изслѣдованію актовъ, покажется ему заинтересованнымъ. Если въ срокъ, безпартійно назначенный для возраженій на имматрикуляцію, таковая не послѣдуетъ, генеральный регистраторъ совершаетъ имматрикуляцію, и выдаетъ аттестатъ права (вотчинное свидѣтельство) просителю.

Выше не разъ указывалось на возможныя возраженія со стороны 3-хъ лицъ на имматрикуляцію недвижимости. Всякое лицо, претендующее на право на недвижимость, можетъ лично или черезъ представителя предъявить протестъ въ предписанный срокъ на имя генеральнаго регистратора по установленному шаблону и воспрепятствовать тѣмъ имматрикуляціи. Протестъ долженъ точно обозначить природу права, на которое претендуетъ оппонентъ, онъ долженъ содержать и экстрактъ данныхъ изъ актовъ, на которыхъ покоится протестъ, наконецъ,—декларацію о чистотѣ показаній, какъ все это требуется отъ просьбы объ имматрикуляціи недвижимости [3]).

Генеральный регистраторъ, получивъ протестъ по формѣ и въ срокъ, сообщаетъ о немъ просителю имматрикуляціи и пріостанавливаетъ произ-

---

[1]) Art. 20.
[2]) Art. 21.
[3]) Art. 23.

водство имматрикуляціи до тѣхъ поръ, какъ протестъ будетъ взятъ назадъ или по нему состоится приговоръ компетентнаго суда [1]).

Протестъ и безъ того гаснетъ въ теченіе 3-хъ мѣс. со дня предъявленія его генеральному регистратору, если за эти три мѣсяца протестантъ не начнетъ процесса передъ компетентнымъ судомъ для обоснованія своихъ правъ на недвижимость или если онъ не доставитъ генеральному регистратору приказъ суда о дальнѣйшемъ производствѣ [2]).

Генеральный регистраторъ вовсе не обращаетъ вниманія на протестъ тогда, когда протестантъ претендуетъ на право, которое можетъ быть осуществлено лишь въ извѣстный срокъ или путемъ встрѣчнаго иска, или если протестъ покоится единственно на отсутствіи законныхъ доказательствъ способности на распоряженіе недвижимостью въ лицѣ предшественника, отчуждателя или предшественника-пріобрѣтателя [3]).

Если генеральный регистраторъ или правщикъ титуловъ откажутъ въ просьбѣ объ имматрикуляціи, проситель можетъ требовать письменнаго изложенія мотивовъ отказа. Онъ можетъ обжаловать отказъ въ судъ; послѣдній тогда и рѣшаетъ вопросъ объ имматрикуляціи [4]).

Проситель можетъ взять обратно свою просьбу объ имматрикуляціи вплоть до самой выдачи ему вотчиннаго свидѣтельства (аттестатъ права) генеральнымъ регистраторомъ. На письменное заявленіе о томъ регистраторъ возвращаетъ ему всѣ документы, врученные при подачѣ прошенія [5]).

Выдавая аттестатъ права, генеральный регистраторъ клеймитъ, налагаетъ печать и хранитъ въ архивѣ всѣ акты, приложенные къ прошенію объ имматрикуляціи; если же актъ относится еще и до другой недвижимости, объ имматрикуляціи которой нѣтъ и рѣчи, то онъ возвращаетъ документы собственнику послѣ того, какъ имъ будетъ сдѣлана надлежащая отмѣтка на поляхъ актовъ, относящихся до имматрикулиррованной недвижимости [6]).

Аттестатъ права (вотчинное свидѣтельство) изготовляется въ двухъ оригиналахъ, по формѣ, указанной Актомъ [7]). Генеральный регистраторъ отмѣчаетъ на немъ въ порядкѣ ранговъ: ипотеки, тяготы, наймы, ренты и всѣ прочія реальныя права, лежащія на недвижимости, которыя только будутъ зарегистрованы или о которыхъ генеральный регистраторъ знаетъ. Если аттестатъ права (вотчинное свидѣтельство) выдается малолѣтнему или недѣеспособному, онъ указываетъ и возрастъ малолѣтняго, и причину недѣеспособности. Вообще аттестатъ права изготовляется въ табеллярной

---

1) Art. 24.
2) Art. 25.
3) Art. 26.
4) Art. 27. Подробности въ art. 28.
5) Art. 29.
6) Art. 30.—Случай смерти просителя до полученія аттестата въ art. 31.
7) На пергаментѣ или очень прочной бумагѣ. Besson 542.

формѣ, а на заглавномъ листѣ его недвижимость фигурируетъ на раскрашенномъ планѣ [1]).

Аттестатъ права подписывается и опечатывается генеральнымъ регистраторомъ; одинъ оригиналъ выдается на руки просителю, другой же вносится въ вотчинную книгу [2]), гдѣ и полагаетъ основаніе folium'у данной недвижимости [3]). При выдачѣ аттестата права просителю, на немъ дѣлается отмѣтка генеральнымъ регистраторомъ о мѣстѣ вотчинной книги, отведенномъ ему въ лицѣ его двойника въ вотчинной книгѣ [4]).

Съ момента этой отмѣтки имматрикуляція является совершившейся. Недвижимость оказывается впредь безвозвратно подчиненной режиму акта. Съ этого же момента консолидируется и право на имматрикулированную недвижимость. Собственникъ и его преемники въ доказательство своего права ссылаются впредь только на одинъ актъ,—аттестатъ права, одинъ экземпляръ котораго имъ выдается и на которомъ они фигурируютъ, какъ собственники недвижимости. Этотъ аттестатъ права вооруженъ Актомъ всей полнотою publica fides, какой вооружается и вотчинная книга. Лицо, на имя котораго аттестатъ гласитъ, въ силу этого признается истиннымъ собственникомъ, право котораго неоспоримо ни съ чьей стороны, исключая лишь тѣхъ 4 случаевъ, которые установлены для оспариванія вотчинной книги. Понятно, такъ какъ выдаваемый на руки сторонѣ аттестатъ права есть двойникъ folium'a,—и это строеніе и отношеніе вотчиннаго свидѣтельства къ вотчинной книгѣ представляетъ новую своеобразную особенность акта Торренса [5]).

2. Насколько производство первоначальнаго подчиненія недвижимости режиму Акта отличается осторожностью и медлительностью, настолько же послѣдующее производство установленія правъ всякаго рода на недвижимость характеризуется въ Актѣ крайней смѣлостью и быстротою.

Производство по Акту покоится на томъ же принципѣ консенза, на какомъ покоится производство германскихъ новѣйшихъ ипотечныхъ законодательствъ; но въ Актѣ принципъ консенза проводится уже съ такой смѣлостью и рѣшительностью, съ какой онъ не проводится нигдѣ въ германскихъ законодательствахъ. Именно, по Акту установленіе всякаго права на недвижимость, включая и собственность, слѣдуетъ на одностороннее (не только формально, но и матеріально), абстрактное волеизъявленіе управомоченнаго, облеченное въ письменную форму. Всѣ условія и всѣ детали производства разсчитаны на быстроту послѣдняго.

Прежде всего актъ Торренса, въ приложеніяхъ къ тексту закона, даетъ рядъ простыхъ и краткихъ формуляровъ, въ которые облекаются всѣ сдѣлки и всѣ акты, относящіеся до недвижимости; формуляры эти сами по себѣ уже

---

[1]) Besson 342.
[2]) Art. 33.
[3]) Art. 34 п. 2, Besson 342.
[4]) Art. 34.
[5]) Art. 33, 34, 44, 123—129.

придуманы крайне искусно, чтобы, путемъ взаимныхъ ссылокъ одного акта на другой, лицо могло избѣжать всѣхъ повтореній обстоятельствъ дѣла, которыя обыкновенно бываютъ неизбѣжны при совершеніи актовъ. Такъ, собственникъ, совершающій волеизъявленіе о передачѣ собственности, заявляетъ: „я передаю такому-то всѣ мои права на такую-то недвижимость", и ссылается, вмѣсто описанія недвижимости, на свой аттестатъ права (вотчинное свидѣтельство). Установитель ипотеки заявляетъ: „я обязуюсь уплатить такому-то такую-то сумму и такой-то %; въ обезпеченіе этихъ платежей я устанавливаю ему ипотеку на всѣ мои права на такую-то недвижимость", и ссылается вмѣсто описанія недвижимости на свой аттестатъ права и т. п.

Но чтобы еще болѣе упростить акты, законъ Торренса провозглашаетъ цѣлый рядъ обычныхъ для разнаго рода сдѣлокъ условій ipso jure содержащимися въ сдѣлкахъ, кратко излагаемыхъ въ формулярахъ, если стороны не желаютъ открыто установить иныя условія [1]). Далѣе, онъ самъ, ради сокращенія содержанія актовъ, даетъ рядъ опредѣленій различныхъ юридическихъ понятій, часто описываемыхъ въ сдѣлкахъ, и приурочиваетъ къ нимъ точные термины [2]). Наконецъ, въ вотчинномъ установленіи находятся печатные бланки формуляровъ разныхъ сдѣлокъ, и требуется только заполнить въ нихъ немногіе пробѣлы, чтобы волеизъявленіе было готово. Тамъ же къ услугамъ публики находятся солиситоры и т. п. лица, помогающія сторонамъ при совершеніи акта [3]).

Актъ Торренса требуетъ, чтобы волеизъявленіе лица объ установленіи права на недвижимость облекалось въ оффиціальную форму. Но и тутъ онъ вноситъ всѣ возможныя упрощенія. Прежде всего Актъ требуетъ, чтобы на актѣ волеизъявленія фигурировалъ лишь одинъ свидѣтель, который своей подписью, состоящей изъ одной строчки, удостовѣрилъ подлинность волеизъявленія, и его непринужденность. Затѣмъ такой актъ предъявляется одному изъ многихъ оффиціальныхъ лицъ и установленій, какъ-то: генеральному регистратору, нотаріусу, мировому судьѣ, разнымъ коммиссарамъ, мэру, губернатору, генеральному секретарю, консулу и т. п. Эти установленія и лица удостовѣряются въ подлинности и непринужденности акта путемъ предложенія сторонѣ или свидѣтелю присяги или торжественнаго подтвержденія акта въ видѣ отвѣта на 3 краткихъ вопроса, и одной строчкой отмѣчаютъ фактъ своего удостовѣренія на спинѣ акта. Когда же лицо распорядителя недвижимостью извѣстно самому генеральному регистратору, тогда и эти формальности отпадаютъ. Генеральный регистраторъ удовлетворяется заявленіемъ распорядителя о подлинности и непринужденности волеизъявленія и отмѣчаетъ на актѣ волеизъявленія, что избавляетъ сторону отъ засвидѣтельствованія акта свидѣтелемъ [4]).

---

[1]) Art. 67—76.

[2]) Art. 3.

[3]) На это указываетъ Besson, 345.

[4]) Art. 115, 116.—Волеизъявленія женщинъ, art. 112; подопечныхъ art. 110 — 112; корпорацій, art. 114.

Такое волеизъявленіе предъявляется генеральному регистратору въ 2-хъ оригиналахъ (кромѣ случая отчужденія собственности,—гдѣ два оригинала не требуются), по общему правилу съ приложеніемъ аттестата права и подпиской о тождествѣ обоихъ тѣхъ оригиналовъ [1]). Волеизъявленіе всегда спеціализируетъ какъ имѣнье, такъ и сумму, если дѣло идетъ объ установленіи ипотеки. Генеральный регистраторъ вообще ведетъ себя активно въ отношеніи предъявляемыхъ актовъ; онъ или лично или черезъ посредство солиситора изслѣдуетъ, достаточно-ли ясно и обстоятельно изложенъ актъ, способны-ли стороны къ совершенію сдѣлки и не грозитъ-ли волеизъявленіе чьему-либо законному интересу [2]). И тѣмъ не менѣе Актъ открыто освобождаетъ генеральнаго регистратора отъ провѣрки тождества обоихъ оригиналовъ акта волеизъявленія, хотя это крайне существенно, какъ сейчасъ увидимъ.

Далѣе, генеральный регистраторъ поступаетъ неодинаково, въ зависимости отъ особенностей случая. Если волеизъявленіе направляется на передачу права собственности, генеральный регистраторъ изготовляетъ новый аттестатъ права, всегда ссылающійся лишь на первоначальную концессію и на волеизъявленіе правопредшественника—отчуждателя. Старый же аттестатъ погашается въ цѣломъ или части, въ зависимости отъ того, идетъ-ли дѣло о передачѣ всей или только доли недвижимости, тамъ описанной, и въ погасительной отмѣткѣ указываются обстоятельства перехода недвижимости. Погашенный аттестатъ генеральный регистраторъ удерживаетъ у себя, а собственнику неотчужденной доли или же пріобрѣтателю послѣдней, если и она отчуждается, выдаетъ также новый аттестатъ [3]). Аттестатъ права изготовляется въ 2-хъ оригиналахъ.

Со внесеніемъ одного изъ оригиналовъ новаго аттестата права въ вотчинную книгу, на мѣсто стараго, право собственности переходитъ на пріобрѣтателя. Другой оригиналъ, съ отмѣткой о внесеніи его двойника въ вотчинную книгу, выдается пріобрѣтателю. Пріобрѣтатель въ силу того, что онъ поименованъ въ имѣющемся у него аттестатѣ права, является истиннымъ собственникомъ, неуязвимымъ ни съ чьей стороны [4]).

Аналогично добровольному отчужденію, но съ соотвѣтствующими особенностями каждаго случая, актъ регулируетъ и производство при переходѣ собственности во всѣхъ другихъ возможныхъ случаяхъ, какъ-то: концессіи [5]),

---

1) Besson 346, см. отчасти выше.

2) Art. 48 и друг.

3) Art. 49, 50.

4) Art. 33 и друг. Ограниченія этого начала и предѣлы ограниченій тутъ тѣже, которыя указывались выше.

5) Art. 15.

наслѣдованія по завѣщанію [1]) или закону [2]), легата [3]), принудительнаго отчужденія [4]), брака [5]), раздѣла [6]) и т. п. [7]).

Когда же волеизъявленіе направляется на установленіе ипотеки или любого иного вещнаго права на недвижимость, помимо собственности, производство въ вотчинномъ установленіи отличается крайней быстротою. Генеральный регистраторъ дѣлаетъ отмѣтку на одномъ изъ оригиналовъ изготовленнаго стороною и предъявленнаго ему волеизъявленія—о томъ, что послѣднее записано въ вотчинную книгу, и возвращаетъ этотъ оригиналъ управомоченному по сдѣлкѣ. А на практикѣ установился обычай, что генеральный регистраторъ лишь налагаетъ штемпель на актъ волеизъявленія,—и все готово [8]). Ипотечное свидѣтельство и свидѣтельства о другихъ вещныхъ правахъ, въ силу этой отмѣтки, признаются уже какъ имматрикулированныя; лицо, въ нихъ поименованное, въ силу этого уже признается за истиннаго управомоченнаго, право котораго не подлежитъ болѣе никакому оспариванію съ чьей-либо стороны [9]). Другой оригиналъ генеральный регистраторъ удерживаетъ у себя, и лишь на основаніи его онъ уже совершаетъ экстрактивную запись волеизъявленія или только отмѣтку о послѣднемъ на folium недвижимости. И эта отмѣтка производитъ то, что актъ волеизъявленія получаетъ силу записаннаго въ вотчинную книгу или правопроизводящаго волеизъявленія [10]). Послѣ этого оригиналъ поступаетъ въ архивъ.

Возникшее право отмѣчается и на аттестатѣ права, находящемся на рукахъ собственника, для чего, какъ мы уже знаемъ, аттестатъ предъявляется, по общему правилу, вмѣстѣ съ волеизъявленіемъ въ вотчинное установленіе.

Такимъ образомъ, Актъ отправляется отъ идеи, что оба оригинала будутъ всегда тождественны и что отмѣткѣ на циркулирующемъ оригиналѣ всегда будетъ соотвѣтствовать отмѣтка и въ вотчинной книгѣ, на folium имѣнья, наконецъ, что отмѣткѣ на циркулирующемъ аттестатѣ права будетъ всегда отвѣчать отмѣтка на folium имѣнья, представляющемъ другой оригиналъ аттестата права. Но Актъ рискуетъ и обмануться въ ожиданіяхъ, ибо тождество актовъ волеизъявленія завѣряется лишь стороною, хотя и отвѣчающей уголовнымъ порядкомъ за правильность завѣренія, а соотвѣтствію отмѣтокъ на циркулирующихъ актахъ и на folium имѣнья угрожаетъ раздѣленіе во времени выполненія отмѣтокъ. Требуется много условій, чтобы не произошло вездѣ тутъ погрѣшностей. Впрочемъ, Актъ косвенно разрѣшаетъ

---

1) Art. 89.
2) Eod.
3) Eod.
4) 83 art.
5) Art. 87.
6) Art. 92.
7) Art. 90, 91.
8) Besson, 346.
9) Art. 33—35, 45 и друг.
10) Art. 35 и друг.

случай разногласія циркулирующихъ актовъ и вотчинной книги въ пользу послѣдней; къ записи волеизъявленія въ книгу въ концѣ-концовъ и пріурочивается возникновеніе и пріоритетъ правъ на недвижимость [1]).

Аналогично производство при уступкѣ книжнаго права [2]). И лишь съ приличными случаю модификаціями совершается производство прекращенія правъ на недвижимость [3]).

Г. Вотчинное, ипотечное и другія свидѣтельства.

Уже изъ очерка производства мы видѣли, какъ особенно Актъ организуетъ эти свидѣтельства. Меньше значенія имѣетъ, хотя тоже не лишено оригинальности, то, что Актъ возлагаетъ на самого отчуждателя обязанность изготовленія такихъ свидѣтельствъ, исключая только вотчиннаго, изготовляемаго самимъ генеральнымъ регистраторомъ. Не ново и то, что вотчинное свидѣтельство представляетъ собою по Акту полное сходство съ folium имѣнья. Такой порядокъ былъ извѣстенъ еще Прусскому Ландрехту 1794 г. Но полной новизною дышетъ въ Актѣ правовое значеніе циркулирующихъ свидѣтельствъ. Именно, эти свидѣтельства, разъ только на нихъ стоитъ отмѣтка о записи ихъ въ вотчинную книгу, вооружаются Актомъ всей полнотою абсолютной fides publica, какой вооружена самая вотчинная книга [4]). Этого начала не знаетъ ни одно европейское законодательство. Такое значеніе свидѣтельствъ для оборота огромное. Управомоченный можетъ гдѣ угодно совершить распоряженіе своимъ правомъ, и другая сторона не нуждается тутъ въ предварительномъ осмотрѣ вотчинной книги, чтобы дѣйствовать навѣрное. Ей достаточно осмотрѣть свидѣтельство, находящееся на рукахъ управомоченнаго. Если управомоченный совершитъ свое волеизъявленіе объ отчужденіи своего права и вмѣстѣ съ своимъ свидѣтельствомъ вручитъ такое волеизъявленіе другой сторонѣ,—обѣ стороны достигнутъ желаемаго эффекта. Пріобрѣтателю остается лишь предъявить имѣющіеся у него акты современемъ генеральному регистратору для отмѣтки въ вотчинной книгѣ и другихъ мѣропріятій, необходимыхъ при переходѣ права. Отчуждатель не можетъ предпринять въ ущербъ пріобрѣтателя никакихъ распоряженій, такъ какъ у него въ рукахъ нѣтъ свидѣтельства, легитимирующаго его на распоряженіе. А по особому предписанію Акта, сверхъ того, еще изъ нѣсколькихъ предъявленныхъ волеизъявленій предпочтеніе отдается тому, которое сопровождается вотчиннымъ свидѣтельствомъ [5]). Но и пріобрѣтатель не можетъ извлечь изъ обладанія свидѣтельствомъ отчуждателя никакихъ выгодъ, кромѣ тѣхъ, на которыя его уполномочиваетъ волеизъявленіе отчуждателя. Свидѣтельство всегда именное. А кромѣ того, еще собственникъ,

---

1) Art. 43.
2) Art. 65, 88 и друг.
3) Art. 63 и друг.
4) Art. 34, 45 u. 2 и друг.
5) Art. 43.

какъ и иной управомоченный, по Акту, имѣютъ энергичное средство для истребованія своихъ свидѣтельствъ изъ 3-ихъ рукъ [1], а въ крайнемъ случаѣ—къ ихъ услугамъ аммортизаціонное производство [2]. Впрочемъ, только въ очерченной мѣрѣ и правильно общераспространенное мнѣніе, что по Акту Торренса передача собственности совершается путемъ передачи аттестата права. Точнѣе же, это мнѣніе вовсе неправильное. Собственность переходитъ, по Акту, въ сложномъ процессѣ обновленія новаго аттестата права генеральнымъ регистраторомъ на основаніи предъявленныхъ ему акта волеизъявленія прежняго собственника и аттестата права, гласящаго на имя прежняго собственника. При чемъ волеизъявленіе должно быть актомъ оффиціальнымъ. Лишь предъявленіе этихъ актовъ можетъ быть совершено и не собственникомъ, а пріобрѣтателемъ. Но и этотъ порядокъ Актъ только не воспрещаетъ и вездѣ третируетъ за норму — предъявленіе документовъ самимъ собственникомъ. Скажу болѣе,—Актъ не использовалъ своей организаціи свидѣтельствъ даже въ той мѣрѣ, въ какой онъ могъ бы легко ихъ использовать. Такъ, передача ипотеки по Акту совершается лишь въ силу записи цессіи въ вотчинную книгу [3], хотя въ Германіи издавна цессія ипотеки не требуетъ записи даже тамъ, гдѣ ипотечное свидѣтельство вовсе не вооружается fides publica. Нечего уже и говорить, что Актъ не знаетъ ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя, которыя такъ распространены теперь въ Германіи.

VI. *Протестаціи.* При всемъ своемъ формализмѣ, Актъ все же въ извѣстныхъ намъ 4-хъ случаяхъ допускаетъ оспариваніе изъ матеріальныхъ основаній формальной истины книжнаго права. И третируется оспоримость различно, когда она осуществляется противъ 1-го пріобрѣтателя и 3-го пріобрѣтателя добросовѣстнаго. Отсюда и по Акту остается еще въ рѣдкихъ случаяхъ мѣсто примѣненію протестаціи противъ книжнаго состоянія правоотношеній по недвижимости. Лицо, претендующее на право недвижимости, можетъ предъявить протестацію, составленную по формуляру, указанному Актомъ,— и этимъ воспрепятствовать записи любого распоряженія книжнаго управомоченнаго той недвижимостью, безусловно или до тѣхъ поръ, пока протестація не будетъ отозвана. По полученіи протестаціи, генеральный регистраторъ сообщаетъ о ней заинтересованному. Послѣдній можетъ вызвать протестанта въ судъ для выслушанія мотивовъ протеста. И судъ разрѣшаетъ споръ.

Пока протестація не устранена, генеральный регистраторъ воздерживается отъ записи всякаго рода актовъ отчужденія и обремененія недвижимости.

Протестація гасится генеральнымъ регистраторомъ, разъ только ему будетъ достаточно доказано, что права протестанта прекратились или устранены, или что онъ не имѣетъ въ протестаціи интереса, или что протестантъ не имѣетъ основаній протестовать противъ отчужденія или обремененія ипо-

---

[1]) Artt. 130—136.

[2]) Art. 117.

[3]) Art. 65.

ской недвижимости. Въ случаѣ уничтоженія протестаціи, генеральный регистраторъ за 7 дней до того сообщаетъ протестанту о своемъ намѣреніи [1]).

Нельзя сказать, чтобы постановка протестаціи въ актѣ Торренса была недоступна упрекамъ. Многолѣтній опытъ протестацій, предъявляемыхъ прямо въ вотчинное установленіе, привелъ въ Германіи къ убѣжденію, что этотъ порядокъ крайне тормазитъ оборотъ. Въ Германіи уже давно, по этому, запись протестацій допускается, по общему правилу, лишь въ силу судебнаго приказа. То же можетъ повториться и въ практикѣ акта Торренса.

Предварительныхъ отмѣтокъ Актъ вовсе не знаетъ, да онѣ едва-ли и нужны при быстротѣ производства и формализмѣ права.

Въ заключеніе формальнаго права Акта Торренса отмѣтимъ, что Актъ привлекаетъ въ видѣ корректива своему формализму уголовную кару, грозящую не только тѣмъ, кто умышленно злоупотребляетъ формализмомъ Акта, но и тѣмъ, кто по оплошности или необдуманности завѣритъ сходство оригиналовъ волеизъявленія, когда сходства вовсе нѣтъ.

§ 98. Матеріальное право акта Торренса.

I. *Общія замѣчанія.* Уже раньше мнѣ приходилось замѣчать, что Актъ подчиняетъ началу публицитета рѣшительно всѣ моменты въ судьбѣ всѣхъ правъ на недвижимость. Никакая перемѣна въ судьбѣ права на недвижимость, какой-бы природы это право ни было, собственность, ипотека, сервитутъ, рента, аренда и т. д., затѣмъ, возникновеніе-ли, передача-ли или прекращеніе такихъ правъ имѣется въ виду, наконецъ, по какому-бы то ни было титулу,—не производитъ юридическаго дѣйствія, какъ только въ силу записи такихъ измѣненій въ вотчинную книгу. Но одинъ фактъ такой записи правоизмѣненія достаточенъ не только для достиженія правового эффекта [2]), но и для полной защиты пріобрѣтателя права противъ какихъ-либо нападеній съ чьей-либо стороны [3]). Этой экстензивностью и одновременной интензивностью начала fides publica Актъ отличается отъ всѣхъ другихъ вотчинно-ипотечныхъ системъ. Это налагаетъ на Актъ печать теоретизма.

Другую характерную особенность Акта представляетъ то, что актъ, рѣзко различая обязательственный и вещный моменты распоряженій недвижимостью, облекаетъ вещный моментъ уже не въ форму абстрактнаго вещнаго договора, а въ форму абстрактнаго односторонняго волеизъявленія отчуждателя [4]). Правда, въ формулярахъ волеизъявленій объ отчужденіи недвижимости и установленія ипотеки значится causa, полученіе цѣны или валюты, но 1) неполученіе таковыхъ не оказываетъ никакого вліянія на пріобрѣтеніе права на недвижимость [5]), 2) заявленіе о полученіи цѣны или валюты представляетъ

---

[1]) Art. 98—103.

[2]) Art. 43 и масса другихъ, на отдѣльные случаи: только сервитуты пути и т. п. незначительные могутъ и не быть указаны въ вотч. книгѣ.

[3]) Art. 44, 109.

[4]) См. формуляры актовъ.

[5]) Art. 97.

фикцію, примѣняемую даже тамъ, гдѣ отчужденіе безвозмездное или ипотека установлена въ цѣляхъ даренія.

Примѣненіе 2-хъ указанныхъ началъ рѣшительно ко всѣмъ правоотношеніямъ на недвижимость представляетъ собою несомнѣнную послѣдовательность проведенія Актомъ своихъ основныхъ идей. Но, тѣмъ не менѣе, мы остановимся, по обыкновенію, лишь на двухъ наиболѣе видныхъ правахъ на недвижимость—собственности и ипотеки, по аналогіи съ которыми организованы всѣ прочія права.

II. *Право собственности.* Мы уже знаемъ, что право собственности пріобрѣтается по акту въ силу внесенія одного изъ оригиналовъ вотчиннаго свидѣтельства въ папку вотчинной книги, о чемъ дѣлается отмѣтка на другомъ оригиналѣ вотчиннаго свидѣтельства, вручаемомъ собственнику. Знаемъ также, что пріобрѣтеніе въ силу этого формальнаго момента является по акту рѣшительнымъ и неоспоримымъ изъ матеріальныхъ основаній [1]). Пріобрѣтатель аттестованный есть и истинный пріобрѣтатель, а не только легитимированная на оборотъ персона, какъ въ Германіи. Въ частности пороки волеизъявленія не оказываютъ никакого вліянія на пріобрѣтеніе [2]). Исключеніе составляютъ 4 извѣстныхъ намъ случая. Только въ этихъ 4-хъ случаяхъ Актъ и допускаетъ виндикацію недвижимости противъ аттестованнаго по Акту собственника, но и то лишь когда собственникъ этотъ является первымъ пріобрѣтателемъ, т. е. когда основанія подтачиваютъ именно его пріобрѣтательный актъ; если же это былъ 3-й добросовѣстный пріобрѣтатель, онъ свободенъ и отъ нападеній такого рода [3]). Собственность переходитъ отъ аттестованнаго собственника только съ тѣми правами, которыя перечислены въ вотчинномъ свидѣтельствѣ отчуждателя, или, что то же, въ вотчинной книгѣ [4]).

Всѣ притязанія изъ матеріальнаго отношенія превращаются въ личный искъ противъ другой стороны. А притязанія по случаю нарушенія матеріальнаго права выражаются въ личномъ искѣ о возмѣщеніи ущерба. Этотъ искъ направляется, какъ мы уже знаемъ, прежде всего противъ неправомѣрно обогатившагося перваго пріобрѣтателя собственности. Но когда осуществленіе не привело къ успѣшному результату,—искъ направляется противъ страхового фонда [5]). Въ обоихъ случаяхъ искъ давнѣетъ въ 6 лѣтъ [6]). Тамъ, гдѣ, по исключенію, виндикація имѣетъ мѣсто (4 случая), дѣло идетъ въ судъ, и когда судъ признаетъ виндикаціонный искъ правильнымъ, судъ приказываетъ аннуллировать вотчинный актъ и изготовить новый [7]). Въ такихъ случаяхъ аттестованный собственникъ третируется какъ детенторъ виндициру-

---

1) Art. 33.
2) Eod., также art. 123 и друг.
3) Art. 109 и друг.
4) Art. 44, 109 и друг.
5) Выше. Подробности въ art. 127—129.
6) Art. 124.
7) Art. 125.

емой недвижимости [1]). Такимъ образомъ, актъ Торренса вовсе не знаетъ дуплицитета собственности.

Но если аттестованный собственникъ, какъ таковой, признается по акту истиннымъ собственникомъ, въ томъ смыслѣ, что противъ его права не допускаются никакія нападенія со стороны 3-хъ лицъ, то, съ другой стороны, его виндикаціонный искъ не терпитъ никакихъ возраженій; въ частности такому иску не противостоитъ ни возраженіе, ни ретенція по случаю неуплаты цѣны за вещь [2]). Это служитъ новымъ доказательствомъ того, что упоминаніе объ уплатѣ цѣны въ волеизъявленіи отчуждателя есть фикція,—безплодная и ненужная.

Такимъ образомъ, въ организаціи вотчиннаго оборота въ актѣ Торренса замѣчается средневѣковая обезпеченность пріобрѣтенія при наивысшей степени современной мобилизаціонной тенденціи оборота.

III. *Право ипотеки.* Въ актѣ Торренса ипотека проникнута тѣмъ же формализмомъ, какъ и право собственности и всѣ вообще права на недвижимость. Матеріальное строеніе ея нѣсколько отлично отъ строенія ипотеки европейскихъ континентальныхъ правъ, повидимому, она представляетъ нѣкоторую передѣлку и англійскаго права. Въ общемъ же она далеко не обладаетъ тѣмъ развитіемъ, гибкостью и способностью отвѣтить разнообразнымъ комбинаціямъ современнаго оборота реальнаго кредита, которымъ можетъ отвѣтить строеніе ея въ германскомъ правѣ. И тутъ, мнѣ кажется, актъ Торренса ожидаетъ въ будущемъ разностороння переработка. Впрочемъ, практика акта Торренса уже сдѣлала кое-что въ этомъ направленіи. Хотя, съ другой стороны, ипотека акта во многихъ отношеніяхъ ушла далѣе самыхъ смѣлыхъ проектовъ германскаго типа.

1. *Понятіе ипотеки.* Актъ Торренса мыслитъ ипотеку, вообще, сходно съ господствующимъ направленіемъ современной юридической мысли, какъ право на вещь, въ силу котораго управомоченный можетъ извлечь изъ вещи денежную сумму и этимъ получить удовлетвореніе по требованію. Такъ что, по идеѣ акта, ипотека существуетъ всегда ради обезпеченія требованія [3]). И формуляръ волеизъявленія собственника объ установленіи ипотеки отмѣчаетъ, что ипотека устанавливается ради требованія, и даже, что сумма долга уплачена. Наконецъ, рядъ статей акта упоминаетъ о личномъ требованіи ипотечнаго кредитора противъ личнаго должника, на ряду съ правомъ ипотеки [4]). Въ виду всего этого можно было бы, кажется, утверждать, что по акту Торренса ипотека является акцессорнымъ правомъ, а въ возникновеніи ея имѣетъ значеніе дажа каузальный моментъ. И тѣмъ не менѣе это будетъ не вполнѣ такъ. Именно въ силу формализма, какимъ проникнуто насквозь право акта Торренса, ипотека является и въ возникновеніи, и въ существованіи, и

---

[1]) Art. 97 и 123.
[2]) Art. 126.
[3]) Art. 56, 60 и друг.
[4]) Art. 61.

въ прекращеніи еще менѣе зависимой отъ свойствъ личнаго требованія, чѣмъ это имѣетъ мѣсто гдѣ-либо въ Германіи. Точнѣе говоря, ипотека является вовсе не зависимой отъ обезпечиваемаго ею личнаго требованія. Какъ бы личное требованіе ни было порочнымъ, и хотя бы оно вовсе не возникло, ипотека, въ силу записи ея въ вотчинную книгу, все равно будетъ дѣйствительна, и даже неоспорима [1]). Съ другой стороны, актъ Торренса не знаетъ и фикціи, подобной той, какую провозглашаетъ германское уложеніе, будто личное требованіе признается существующимъ ради книжной ипотеки. Скорѣе же мы имѣемъ для акта Торренса отношеніе солидарное между ипотекой и личнымъ требованіемъ, аналогичное случаю, когда самостоятельный вотчинный долгъ или самостоятельная мекленбургская ипотека устанавливаются ради обезпеченія какого-нибудь, посторонняго имъ по существу, личнаго требованія. Съ другой стороны, право ипотеки въ актѣ Торренса является открыто правомъ строго вещнымъ; собственникъ недвижимости не обязанъ, какъ таковой, платить ипотечный долгъ,—онъ лишь можетъ на общемъ основаніи удовлетворить кредитора, чтобы избѣжать отобранія недвижимости [2]). Право кредитора по акту Торренса даже ближе къ римскому вещному праву, чѣмъ по какимъ-либо германскимъ правамъ, еще въ томъ отношеніи, что кредиторъ, въ случаѣ неуплаты долга, управомочивается самолично и безъ всякаго судебнаго вмѣшательства отчудить заложенную недвижимость съ публичнаго торга или даже путемъ частной продажи, а иногда и вовсе вступить самолично во владѣніе и пользованіе недвижимостью, наконецъ „эвинцировать“ себѣ недвижимость [3]). Другими словами, право ипотеки по акту есть право непосредственнаго отношенія ипотечнаго кредитора къ вещи. И если нужно во что бы то ни стало изыскивать долговой моментъ въ правѣ самостоятельной ипотеки, а не удовлетвориться признаніемъ ея какъ бремени, поражающаго вещь въ ея цѣновомъ моментѣ, то, самое большее, въ ипотекѣ акта мы можемъ усмотрѣть одну лишь бытовую идею кредитнаго отношенія, не всегда отвѣчающую правовой организаціи ипотеки.

Наконецъ, кредиторъ, по акту Торренса, какъ и по Германскому уложенію, вовсе не связанъ въ выборѣ средствъ удовлетворенія; онъ, по собственному усмотрѣнію, можетъ осуществить какъ личное право требованія, такъ и вещное право ипотеки. Этотъ выборъ принадлежитъ ипотечному кредитору какъ тогда, когда личный должникъ и собственникъ недвижимости суть одно лицо, такъ и тогда, когда недвижимость въ моментъ взысканія долга находится уже въ 3-хъ рукахъ. Актъ Торренса высказываетъ для послѣдняго случая лишь начало, что законъ презюмируетъ на случай перехода заложенной недвижимости, что пріобрѣтатель послѣдней „обязуется не вводить отчуждателя въ ущербъ по удовлетворенію ипотечнаго кредитора“ [4]).

---

1) Art. 43.
2) Art. 57.
3) Art. 57—62.
4) Art. 68.

Другими словами, пріобрѣтатель разсматривается, если противное открыто не установлено, принявшимъ на себя долгъ отчуждателя. Но уже формулировка нормы указываетъ, что это принятіе долга пріобрѣтателемъ есть дѣло частное самихъ сторонъ и не обязательно для кредитора, если онъ не участвовалъ въ сдѣлкѣ. Впрочемъ, достаточно одного востребованія на имя новаго собственника со стороны кредитора, чтобы принятіе долга было обязательно и для кредитора.

Актъ знаетъ только договорную ипотеку; ни законной, ни судебной ипотеки онъ не знаетъ вовсе. Такъ что ипотека служитъ въ актѣ исключительно цѣлямъ реальнаго кредита. Но ипотека обезпечиваетъ не только заемъ, но и ренту, и періодическіе платежи [1]).

Актъ вовсе не регулируетъ и не знаетъ ипотеки собственника ни въ смыслѣ первоначальнаго установленія ипотеки на имя собственника, ни въ смыслѣ позднѣйшаго сліянія въ одномъ лицѣ собственности и ипотеки. Но изъ формализма акта послѣдній случай вытекаетъ самъ собою. Первый же едва ли и возможенъ.

2. Ипотека возникаетъ въ моментъ записи ея въ вотчинную книгу, на основаніи односторонняго абстрактнаго волеизъявленія собственника; ипотечный кредиторъ получаетъ одинъ изъ оригиналовъ волеизъявленія на руки, съ отмѣткой о записи его въ вотчинную книгу. Ипотека отмѣчается и на аттестатѣ права, находящемся на рукахъ собственника.

Волеизъявленіе неизмѣнно специализируетъ недвижимость. Ипотека получаетъ рангъ по моменту записи, а запись совершается въ порядкѣ предъявленія волеизъявленій. Изъ одновременно же предъявленныхъ предпочитается та, которую сопровождаетъ аттестатъ права. Записанная, она, подобно праву собственности, не подлежитъ никакимъ оспариваніямъ изъ матеріальныхъ основаній, даже въ рукахъ перваго ея пріобрѣтателя [2]).

3. *Правоотношеніе ипотеки*, въ общемъ, уже дано съ очеркомъ понятія ея. Актъ открыто заявляетъ, очевидно считаясь съ Англійскимъ правомъ, что ипотека лишь обезпечиваетъ капиталъ и т. д., но не влечетъ немедленно перехода собственности [3]).

4. *Осуществленіе ипотеки* представляетъ въ актѣ много оригинальнаго. Въ случаѣ неуплаты въ теченіе 1 мѣсяца капитала или %'а въ цѣломъ или части, какъ равно въ случаѣ невыполненія условій, открыто установленныхъ или implicite содержащихся по Акту въ ипотечномъ обязательствѣ, ипотечный кредиторъ, послѣ письменнаго востребованія съ должника подъ угрозой экзекуціи, адресованнаго по послѣднему домицилію, извѣстному въ колоніи, и оставшагося безъ результата въ теченіе новаго 1 мѣсяца, ipso ure имѣетъ право на продажу имѣнья съ публичнаго торга или даже добровольную. Кредиторъ можетъ и самъ купить и перепродать недвижи-

---

1) Art. 59.

2) Art. 60, см. еще art. 67—69.

3) Art. 56 и друг.

мость, не отвѣчая за послѣдовавшій оттого ущербъ должнику. Кредиторъ можетъ дѣйствительнымъ образомъ совершить всѣ дѣйствія, необходимыя для того, чтобы осуществить продажу. Онъ можетъ дать квитанцію и освобождающій недвижимость отъ его ипотеки актъ покупателю въ обмѣнъ за цѣну, данную покупателемъ за недвижимость, и покупатель не отвѣчаетъ за потерю или похищеніе уплаченной имъ цѣны или за неправильность продажи въ случаѣ, когда послѣдняя совершается безъ необходимыхъ оповѣщеній.

Продажная цѣна зачитается прежде всего на покрытіе издержекъ производства, во вторую же очередь на уплату долга, за который состоялось отчужденіе. Остатокъ возвращается ипотечному должнику. Отчужденіе не влечетъ по акту ликвидаціи старѣйшихъ ипотекъ; послѣдующія же ипотеки отпадаютъ за неудовлетвореніемъ ихъ [1]).

При отчужденіи кредиторомъ имѣнья, кредиторъ совершаетъ и волеизъявленіе объ отчужденіи, на общемъ основаніи. Пріобрѣтатель, на общемъ же основаніи, получаетъ новый аттестатъ права [2]).

Но кредиторъ можетъ, въ случаѣ неуплаты, вступить и во владѣніе недвижимостью, собирать плоды и доходы ея или арестовать ихъ у арендатора.

Наконецъ, онъ можетъ тогда требовать и признанія себя собственникомъ недвижимости ранѣе, чѣмъ прибѣгнуть къ праву отчужденія, ему принадлежащему, и объявить черезъ судъ должника утратившимъ право выкупа [3]).

Помимо личнаго иска къ должнику, ипотечный кредиторъ можетъ, въ обезпеченіе недоимокъ болѣе чѣмъ за 21 день, и послѣ предложенія, сдѣланнаго арендатору объ уплатѣ таковыхъ,—вступить въ обремененную ипотекой недвижимость, арестовать и продавать движимость арендатора и удовлетворить себя изъ выручки въ капитальномъ требованіи, $^0/_0$'ахъ и издержкахъ. Но арендаторъ отвѣчаетъ только въ суммѣ, которую онъ долженъ въ моментъ ареста [4]).

Кредиторъ, вступающій во владѣніе данной въ аренду и обремененной его ипотекой недвижимостью, отчитывается передъ собственникомъ такъ же, какъ арендаторъ отчитывался до вступленія кредитора во владѣніе [5]).

5. Рангъ ипотекъ опредѣляется въ актѣ Торренса моментомъ записи ихъ въ вотчинную книгу. Ни уступка ранга, ни институтъ открытаго мѣста для будущей ипотеки не извѣстны акту Торренса.

6. Уступка ипотеки совершается или путемъ особаго акта передачи или путемъ полнаго (но не бланковаго) именного индоссамента, совершаемыхъ по формѣ Акта. Но въ обоихъ случаяхъ право цедента переходитъ

---

[1]) Art. 57, 58.
[2]) Eod.
[3]) Art. 60.
[4]) Art. 61.
[5]) Art. 62.

на цессіонарія лишь въ силу записи цессіи въ вотчинную книгу [1]). Даже переходъ ипотеки по сукцессіи подлежитъ и завершается записью въ вотчинную книгу [2]).

7. Прекращеніе ипотеки слѣдуетъ также въ силу погасительной отмѣтки въ вотчинной книгѣ, совершаемой на основаніи предъявленія ипотечнаго свидѣтельства, носящаго на оборотѣ заявленіе кредитора объ освобожденіи недвижимости отъ ипотечнаго бремени, оффиціально засвидѣтельствованное [3]). Погасительная отмѣтка заносится и на аттестатъ права.

IV. *Mortgage in equity*. На практикѣ, пользуясь формализмомъ акта Торренса, выработали еще своеобразную форму реальнаго кредита, негласную и краткосрочную, которая заключается въ слѣдующемъ. Заемщикъ даетъ свое волеизъявленіе на установленіе ипотеки и вмѣстѣ съ аттестатомъ права передаетъ актъ волеизъявленія кредитору. Кредиторъ же не требуетъ записи ипотеки, а только совершаетъ протестацію о недопущеніи какихъ-либо записей права по волеизъявленію должника на данную его недвижимость, въ теченіе извѣстнаго срока. Это онъ можетъ, какъ мы знаемъ. Пока не истекъ срокъ оппозиціи, кредиторъ и не нуждается въ записи своего права. И если до истеченія такого срока должникъ уплатитъ долгъ, кредиторъ лишь возвращаетъ ему его аттестатъ права. Въ противномъ же случаѣ кредиторъ предъявляетъ актъ къ записи. Получается правоотношеніе, подобное средневѣковому залогу, путемъ врученія кредитору carta, или купчей на недвижимость. Организація крайне выгодная для сторонъ и вполнѣ безопасная. Ссужатель безопасенъ, такъ какъ должникъ безъ аттестата права не можетъ совершить распоряженій въ ущербъ кредитора. А негласность кредитной сдѣлки не дискредитируетъ и должника. Наконецъ, заявленіе протестаціи предупреждаетъ и генеральнаго регистратора отъ совершенія записей, допустимыхъ иногда и безъ предъявленія аттестата права, по усмотрѣнію генеральнаго регистратора [4]). „Такъ прогрессивнѣйшій законъ совпадаетъ съ правомъ первобытнаго времени“ [5]).

V. *Заключеніе*. Дѣйствительно, въ актѣ Торренса мы встрѣчаемъ сочетаніе правовыхъ мотивовъ сѣдой старины съ мотивами неопредѣленнаго будущаго. Обезпеченность пріобрѣтенія, какую давало средневѣковое германское право, и простота, легкость и быстрота оборота, какая въ Европѣ можетъ развиться развѣ только въ неопредѣленномъ будущемъ. Актъ Торренса, конечно, цѣлился отвѣтить потребностямъ современнаго колоніальнаго оборота, но, тѣмъ не менѣе, въ лицѣ его національное германское право возстанавливается во всей своей сущности, лишь приспособленное къ условіямъ новаго времени.

Эта сторона Акта, его приспособленіе къ условіямъ новаго времени, заслуживаетъ особаго упоминанія. Тутъ Актъ является крайне острой и

---

1) Art. 65.
2) Art. 88.
3) 63 art.—Случай mora creditoris. eod.
4) Besson, стр. 348.
5) Flour de Saint-Genis, 10 стр.

опасной системой. Онъ сулитъ успѣхъ обороту, но онъ требуетъ отъ публики тонкаго пониманія права и полнаго умѣнія дѣйствовать на свой страхъ и рискъ, не ожидая ни участія, ни поддержки со стороны власти. Въ этомъ отношеніи Актъ является всецѣло отголоскомъ жизни англійскихъ колоній, гдѣ населеніе является не только безукоризненно образованнымъ, но гдѣ оно и въ хозяйственной и въ другой любой области дѣятельности воспитано на началахъ абсолютной частной иниціативы и полной свободы отъ государственнаго вмѣшательства, наконецъ, гдѣ деньги, полученныя изъ страхового фонда, являются достаточнымъ возмѣщеніемъ за невольную утрату земельнаго участка. Тотъ же Актъ явился бы по существу своему чуждымъ установленіемъ въ любой странѣ старой континентальной Европы, гдѣ земля не товаръ, а основа соціальной группировки гражданъ, гдѣ населеніе пережило вѣка государственной опеки и гдѣ оно привыкло взирать на государственную власть, какъ своего естественнаго покровителя и попечителя.

Судьбы акта Торренса подтверждаютъ эти замѣчанія какъ нельзя болѣе краснорѣчиво.

§ 99. Судьбы акта Торренса.

I. Хотя актъ Торренса и не былъ обязательнымъ, но, благодаря своей высокой пригодности и приноровленію къ быту колоній, онъ получилъ быстрое распространеніе среди англійскихъ колоній. Такъ, уже въ 1860 г. актъ вводится въ Новой Зеландіи, въ 1861 г.—въ Queesland, въ 1862 г.—въ Victoria, въ Nouvelle-Galles du sud и Тасманіи, въ 1874 г.—въ Зап. Австраліи, въ 1877 г.—въ Британской Колумбіи, на островахъ Фиджи; въ Etat d'Jowa, въ 1886 г.—въ англійскихъ établissements de Malacca и т. д. [1]). Съ другой стороны, образцомъ того, насколько къ акту примыкали владѣнія внутри этихъ колоній, можетъ служить исторія его успѣховъ въ Queensland; тамъ съ 1861 г. и до 1880 г. Акту добровольно подчинились 98% всего землевладѣнія [2]).

Вездѣ тутъ Актъ нѣсколько измѣняли въ деталяхъ, но основы его сохранялись въ неприкосновенности. Такъ, въ Новой Зеландіи вотчинныя бюро учреждались для каждаго дистрикта, а не одно для всей колоніи [3]); въ Сингапурѣ, въ straits settlements актъ является уже обще-обязательной и принудительной системой; отсюда—нѣкоторыя особенности введенія его, именно переходное право, напр. временные аттестаты владѣнія—рядомъ съ окончательными аттестатами права собственности [4]).

II. Поощренный успѣхомъ своего дѣла въ австралійскихъ колоніяхъ, Торренсъ пытался пропагандировать актъ и въ метрополіи. Но тутъ онъ потерпѣлъ неудачу, хотя правительство было на его сторонѣ. Такъ, неудачно

---

[1]) Besson 340, Dain, Le System Torrens, Alger 1885, стр. 2,
[2]) Flour-de Saint-Genis, 110 стр.
[3]) Besson, 349.
[4]) Besson, 356—8.

кончились даже нерѣшительныя попытки введенія Акта, сдѣланныя въ 1863 и 1875 гг. Въ 1888 г. 23 февр. правительство выступило снова съ проектомъ, составленнымъ по образцу Акта, болѣе смѣлымъ, чѣмъ прежніе проекты, но все же лишеннымъ остроты и энергіи самаго Акта [1]). О судьбѣ этого проекта намъ ничего неизвѣстно [2]).

III. Актъ Торренса сталъ скоро извѣстенъ и во Франціи, особенно благодаря трудамъ Uves Gyot. Но этого мало. Онъ сталъ пропагандироваться фрунцузами, какъ образецъ, которому слѣдуетъ подражать въ законодательствѣ. И уже законами 1 іюля 1885 г. и 16 мая 1886 г. вводится вотчиный режимъ, составленный по образцу акта Торренса, въ Тунисѣ, а непосредственно затѣмъ принимаются мѣры къ обработкѣ, по его же образцу, вотчиннаго режима и для Алжира. Эти законы и проекты, такъ же, какъ и въ Англіи, содержатъ значительныя отступленія отъ коренныхъ началъ Акта, въ сторону принциповъ дѣйствующаго тамъ французскаго права Наполеонова кодекса.

Наконецъ изъ исторіи новѣйшихъ теченій правовой мысли во Франціи мы уже знаемъ, что и для метрополіи актъ Торренса становится предметомъ подражанія и рецепціи, хотя и еще съ большими отступленіями въ сторону началъ дѣйствующаго права, чѣмъ въ колоніяхъ [3]).

---

[1]) Имматрикуляція не консолидируетъ сама по себѣ вотчинныхъ правъ, вотчинная книга не вскрываетъ нѣкоторыхъ вотчинныхъ правъ, и т. п.

[2]) Besson, 358—375; France de Tersant, предисловіе къ переводу статьи Maxwell, теорія и практика системы Торренса, въ Revue Algérienne et Tunisienne de leg. et de jurisprud. Alger 1889, стр. 1—4, самъ Maxwell, въ указанной статьѣ.

[3]) Besson, 379. Dain, Le System Torrens, Alger 1885, France de Tersant, предисловіе къ переводу статьи Maxwell; гораздо сдержаннѣе другихъ—Flour—de Saint-Genis, Цит. соч.

§ 100. Заключеніе.

Новое движеніе въ вотчинномъ правѣ культурныхъ народовъ открывается на зарѣ современнаго экономическаго и соціальнаго строя и достигаетъ своего наибольшаго развитія тамъ, гдѣ современный экономическій и соціальный строй получилъ наивысшее свое выраженіе.

Это новое движеніе въ вотчинномъ правѣ выражается ярче всего въ правовой организаціи вотчиннаго оборота и реальнаго кредита.

Новое движеніе цѣлится придать вотчинному обороту и реальному кредиту обезпеченность, чтобы, на почвѣ обезпеченности, путемъ особыхъ еще организацій дать свободу и просторъ подвижности и быстротѣ оборота.

Обезпеченности и быстротѣ оборота и реальнаго кредита служатъ вновь выдвигаемыя начала формально-правового и матеріально-правового порядка.

Въ цѣляхъ обезпеченности оборота въ области формальнаго вотчинно-ипотечнаго права провозглашается и упорно развивается fides publica вотчинной книги, вплоть до абсолютнаго ея дѣйствія. А въ области матеріальнаго вотчинно-ипотечнаго права, въ тѣхъ же цѣляхъ, провозглашается начало защиты 3-го добросовѣстнаго пріобрѣтателя правъ на недвижимость, или ограниченіе виндикаціи недвижимостей изъ матеріально-правовыхъ основаній.

Въ цѣляхъ быстроты оборота въ области формальнаго вотчинно-ипотечнаго права провозглашается и систематически развивается начало формальнаго—односторонняго и абстрактнаго волеизъявленія управомоченнаго, какъ основы распоряженій недвижимостями въ вотчинномъ установленіи; а въ области матеріальнаго права, въ тѣхъ же цѣляхъ, проводится даже начало матеріально-односторонняго и абстрактнаго волеизъявленія управомоченнаго, какъ основы распоряженій недвижимостями. Но кромѣ того еще, въ тѣхъ же цѣляхъ, систематически выдвигается роль циркулирующихъ въ оборотѣ вотчинныхъ и ипотечныхъ свидѣтельствъ, вплоть до признанія ихъ носителями вотчинныхъ правъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ этимъ свидѣтельствамъ придается наиболѣе легкая подвижность, путемъ сближенія ихъ, по циркуляціонной способности—съ бумагами на предъявителя или ордерными. Наконецъ, въ тѣхъ же цѣляхъ быстроты оборота упрощается и утончается весь механизмъ вотчинно-ипотечнаго дѣла.

Во всемъ очерченномъ процессѣ приноровленія права къ новѣйшимъ экономическимъ и соціальнымъ условіямъ законодатель нерѣдко открыто держался системы подражанія организаціямъ торговаго, а особенно вексельнаго права. Можно съ полной увѣренностью говорить для новѣйшаго времени о векселизаціи права недвижимостей. Вырожденіе вещнаго договора въ абстрактный, формальный односторонній актъ волеизъявленія, низведеніе матеріальнаго отношенія сторонъ къ простому основанію кондикціоннаго иска о неправомѣрномъ обогащеніи, сближеніе, затѣмъ, вотчиннаго и ипотечнаго свидѣтельства, по ихъ циркуляціонной способности, съ ордерными или даже бумагами на предъявителя, все это—подражаніе вексельному праву; а ограниченіе видикаціи недвижимостей изъ матеріальнаго основанія—подражаніе

торговому праву, гдѣ, въ цѣляхъ оборотоспособности товаровъ, издавна насаждалось начало ограниченія виндикаціи движимыхъ вещей.

Векселизація вотчиннаго права съ необходимостью вызывалась тѣмъ, что землевладѣніе все болѣе и болѣе утрачивало значеніе господствующей формы хозяйства; такую роль завоевывали себѣ издавна промышленность и торговля, и чтобы землевладѣніе могло сосуществовать съ той сферой, ему было неизбѣжно по своему ассимилироваться въ правовомъ отношеніи съ правомъ торговли и промышленности.

Если мы перейдемъ теперь отъ этихъ общихъ замѣчаній къ предмету насъ всего болѣе интересующему, т. е. къ ипотекѣ, то тутъ мы наблюдаемъ слѣдующее.

Ипотека, какъ правовая форма реальнаго кредита, стояла въ центрѣ всѣхъ очерченныхъ измѣненій вотчиннаго права за новѣйшее время. Съ нея процессъ начался, на ней прежде и рѣзче всего онъ выражался, и къ ней относятся всѣ выше сдѣланныя замѣчанія во всей своей полнотѣ.

Но въ тѣхъ же цѣляхъ оборотоспособности ипотека потерпѣла, сверхъ сказанныхъ, еще специфическія внутреннія измѣненія. Къ началу эпохи, въ которую развивается кредитный оборотъ, ипотека, какъ мы знаемъ, романизовалась, т. е. стала абсолютнымъ вещнымъ правомъ, поражающимъ вещь въ ея цѣновомъ моментѣ. Это крайне способствовало успѣху реальнаго кредита, такъ какъ обремененныя ипотекой недвижимости могли теперь циркулировать, безъ ущерба для ипотеки, чего не было при neuere Satzung, представлявшей собою запрещеніе отчужденій и новыхъ обремененій недвижимости. Но изъ римскаго права было заимствовано и начало акцессорной природы ипотеки, въ силу котораго ипотека зависѣла въ своихъ судьбахъ съ начала и до конца отъ судьбы личнаго требованія, обезпечиваемаго ею. А это уже являлось крайнимъ неудобствомъ съ тѣхъ поръ, какъ ипотека, формально выступавшая, какъ самостоятельная рыночная цѣнность, все болѣе втягивалась въ оборотъ и все болѣе призывалась конкуррировать по легкости и быстротѣ оборота съ цѣнными бумагами, выдвигавшимися господствующимъ экономическимъ строемъ.

Въ оборотѣ нѣтъ мѣста ни субъективному моменту, ни возраженіямъ, до времени покоящимся въ тайнѣ и въ критическій моментъ неожиданно выступающимъ на сцену, чтобы подорвать дѣйствіе правоотношенія. Отсюда-то и начинается движеніе къ отрѣшенію ипотеки отъ личнаго требованія, ею обезпечиваемаго, и къ возведенію ея на степень самостоятельнаго вещнаго бремени, поражающаго недвижимость въ ея цѣновомъ моментѣ. Отчасти это было достигнуто вполнѣ, при чемъ самостоятельная ипотека получила и новое названіе—вотчинный долгъ. Въ развитомъ видѣ, въ какомъ вотчинный долгъ выступаетъ въ уложеніи, онъ представляетъ собою длящееся строго вещное бремя на недвижимость, хотя сущность его—въ притязаніи. Длительный его характеръ достигается тѣмъ, что ради полученія %-овъ и т. п. кредитору дается особая экзекуція на движимыя принадлежности недвижимости. А особое строеніе ипотечнаго иска, какъ Feststellungsklage, возводитъ вотчинный долгъ въ

право непосредственнаго воздѣйствія кредитора на недвижимость. Такимъ облеченіемъ кредитнаго отношенія въ форму строго вещнаго права на недвижимость достигалась простота отношенія, принципъ базированія реальнаго кредита на одномъ только довѣріи къ вещи и, наконецъ, объективація отношенія, навязывавшаяся широкимъ оборотомъ. Но отчасти самостоятельность ипотеки не была проведена такъ прямолинейно, и, притомъ, по чисто практическимъ соображеніямъ. Дѣло въ томъ, что личное требованіе, когда оно такъ или иначе примыкаетъ къ ипотечному отношенію, оказываетъ послѣднему даже услуги. Въ то время, какъ въ силу чисто вещнаго права ипотеки кредиторъ вынуждается, даже для взысканія $^0/_0$-а, пустить въ ходъ тяжеловѣсный механизмъ экзекуціи на недвижимость,—въ силу личнаго долгового требованія онъ можетъ ограничиться осуществленіемъ личнаго иска и болѣе легкимъ и быстро дѣйствующимъ приборомъ экзекуціи на движимости, принадлежащія должнику. Отсюда, законадатель, не гоняясь за прямолинейностью и простотою правоотношенія ипотеки, удовлетворился лишь тѣмъ, что отмѣнилъ зависимость ипотеки отъ личнаго требованія, но послѣднее сохранилъ, распространивъ въ концѣ-концовъ формальную защиту ипотеки на само личное требованіе. Получилась неуклюжая, но не только безвредная, а даже полезная для ипотечнаго оборота организація, основанная на фикціи, въ силу которой личное требованіе существуетъ вездѣ тамъ, гдѣ существуетъ ипотека, его обезпечивающая. Наконецъ, въ эпоху детальной разработки практическаго значенія ипотеки, не было забыто и то, что ипотека служитъ не только обороту, а и простой обезпеченности. Отсюда, рядомъ съ оборотовой болѣе или менѣе самостоятельной, ипотекой, отвели заслуженное мѣсто и внѣоборотовой, чисто обезпечительной и вполнѣ акцессорной ипотекѣ. Все это было сдѣлано благоразумно, безъ увлеченій прямолинейными ученіями, но со вниманіемъ къ потребностямъ живой дѣйствительности. Настолько римское отношеніе ипотеки къ личному требованію и было передѣлано въ интересахъ оборотоспособности ипотеки.

Одно время германскіе юристы выдвигали и другую, будто-бы существенную, особенность современной ипотеки отъ римской; именно, опираясь на выраженія нѣкоторыхъ современныхъ ипотечныхъ законовъ, юристы думали видѣть въ современной ипотекѣ такое вещное право, которому на сторонѣ каждаго собственника обремененной недвижимости отвѣчаетъ обязанность къ положительному дѣйствію, другими словами—Realobligation.

Но эта идея покоилась на чистомъ недоразумѣніи, а при обработкѣ Имперскаго Уложенія взглядъ былъ открыто отвергнутъ. Практически такое строеніе не оказывало никакихъ новыхъ услугъ ипотечному обороту, ибо приговоръ, осуждающій собственника заложенной недвижимости на уплату долга, послѣдовавшій на ипотечный искъ, санкціонировался лишь той же экзекуціей на золоженную недвижимость. А теоретически этотъ взглядъ уже тѣмъ сомнителенъ, что, согласно ему, личныя требованія удовлетворялись бы въ конкурсѣ не по соразмѣрности, а по старшинству ихъ возникновенія Связь же такого строенія современной ипотеки съ древней, національной гер

манской ипотекой рѣшительно ничѣмъ не подтверждается. Менѣе допускаетъ провѣрку, но менѣе же встрѣчаетъ и сомнѣній съ точки зрѣнія историка и современнаго догматика, хотя тоже едва-ли столь уже неизбѣжно, другое выдвигаемое въ новѣйшее время ученіе о наличности при современной ипотекѣ особаго германскаго отношенія Schuld и Sachenhaftung. Скорѣе же, все долговое въ современной ипотекѣ ограничивается лишь ея бытовой ролью, какъ организаціи кредита. Передъ правомъ же она выступаетъ какъ строго вещное право на недвижимость въ цѣновомъ моментѣ послѣдней, т. е. съ римской сущностью.

Но если современная ипотека въ самой общей своей сущности представляетъ заимствованіе изъ Рима, то вся конкретная организація ея, весь тотъ ея обликъ, которому она только и обязана своимъ практическимъ успѣхомъ, представляетъ продуктъ правообразованія новыхъ народовъ, начиная съ древняго времени и вплоть до нашихъ дней.

Приноровляя ипотеку къ обороту, законодатель все кругомъ нея приноровлялъ къ ея оборотоспособности. Онъ не только подчинялъ публицитету всѣ прочія права, чтобы вскрыть физическое, экономическое и юридическое положеніе обременяемой недвижимости, но, сверхъ того, еще самые святые интересы общества онъ приносилъ въ жертву идеѣ оборотоспособности ипотеки и надежности даваемаго ею обезпеченія кредиту, для чего онъ подчинялъ не только простыя законныя, но даже привиллегированныя ипотеки, въ ихъ дѣйствительности, началу записи. Какъ ни были дороги обществу защищаемые такими ипотеками интересы, послѣдніе вовсе не принимались въ разсчетъ при организаціи современной ипотеки,—они забывались за господствующимъ мотивомъ—надежностью и оборотоспособностью ипотеки. Цѣлый рядъ законныхъ титуловъ ипотеки не только умаляется въ своемъ значеніи, но даже прямо отмѣняется, въ интересахъ кредитоспособности землевладѣльца. Самое процессуальное право, экзекуція на недвижимости, являвшаяся формой осуществленія ипотеки, переживаетъ цѣлыя судьбы, въ томъ же направленіи—приданія ипотекѣ свойствъ удобнаго помѣщенія капиталовъ, для чего экзекуція на недвижимости имѣетъ тенденцію къ уравненію съ экзекуціей на движимости, по быстротѣ и надежности ея выполненія и результатовъ.

Ради ипотеки перестраивается и конкурсное право. Прежде всего оно систематически упрощается; далѣе, рядъ привиллегированныхъ правъ отмѣняется на пользу ипотечныхъ кредиторовъ; ипотеки получаютъ въ конкурсѣ ïus separationis; наконецъ, конкурсъ не влечетъ ликвидаціи ипотекъ.

Таковъ общій обликъ современнаго вотчиннаго права культурныхъ народовъ.

Нельзя замалчивать той истины, что многія мѣропріятія, цѣлившіяся насадить новый строй, заходили далѣе истинныхъ потребностей оборота, и тогда въ жизни они оставались почти мертвой буквой. Но все же въ общемъ и цѣломъ новое движеніе шло навстрѣчу и новымъ жизненнымъ условіямъ.

Въ заключеніе нужно отмѣтить еще роль національнаго движенія въ Германіи. Это движеніе внушало нѣмцамъ рѣшимость порывать съ установившейся въ правѣ романизованной догмой, насколько разрывъ требовался практическими соображеніями. Но дальше дѣло національзаціи не заходило, по правилу. И возстановленіе національныхъ организацій, какъ таковыхъ, по правилу, не имѣло мѣста.

Теперь читатель знаетъ, въ какую фазу вступаетъ наше отечество, если только будетъ суждено увѣнчаться успѣхомъ дѣлу введенія у насъ проекта вотчиннаго устава. Справедливость требуетъ, однако, замѣтить, что нашъ проектъ цѣлится внести въ вотчинно-ипотечный оборотъ лишь обезпеченность, да и то неполную, и не только избѣгаетъ, а открыто ставитъ всѣ препятствія мобилизаціи оборота. Онъ ближе всего стоитъ къ самому отсталому и несовершенному изъ всѣхъ германскихъ правъ, именно праву австрійскаго закона 1871 г. Какъ бы то ни было, но историческая важность переживаемаго нашимъ отечествомъ момента побуждаетъ насъ удѣлить особый трудъ русскому залоговому праву, и тамъ дать тщательную оцѣнку существующаго и проектируемаго.

Замѣченныя опечатки.

Стран.	строка сверху.	снизу.	напечатано:	слѣдуетъ читать:
18	—	8	претполаг.	предполаг.
26	—	9	старомъ	сторонъ
30	—	4	Derbung	Dernburg
34	12	—	британская	бретанская
72	—	6	1693	1643
75	20	—	добыться	добиться
81	1	—	законодатель	законодателя
83	10	—	по	но
86	—	19	записи	запись
97	—	17	такъ, какъ	такъ какъ
115	—	2	3)	1)
—	—	1	1)	2)
117	—	—	1571	1581
126	—	1	Recucic	Recueil
136	15—16	—	поступили	наступили
137	8	—	(Fähigkeit)	(LT.-Fähigkeit).
157	4	—	простымъ	простыхъ
186	21	—	женѣ	жены
208	—	5	рѣшила	рѣшило
209	—	9	большииство	большинство
211	12	—	положеніе	положенія
222	10	—	3-мя	3-ми
240	18	—	заносится	заносятся
241	15	—	аттестъ	арестъ
273	14	—	суда	суды
277	21	—	сулятъ	сулитъ
286	—	9	вѣсовъ	вѣсомъ
336	6	—	занинается	занимается
354	16	—	претендованіе	претендовавшіе
356	—	13	книговода	секретаря
361	12	—	recognisionis	recognitionis
379	13	—	амотризація	амортизація
394	13	—	которыхъ	которыя



